Burchardi

Ueber die

Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen

bei

der Erfüllung von Obligationen.

Eine civilistische Abhandlung

von

R. J. Burchardi, Dr. jur.,
Privatdocenten der Rechte an der Universität Kiel.

Kiel 1861.
Verlag von Carl Schröder & Comp.

Einleitung.

Uebersicht der verschiedenen Ansichten über die Haftung eines Schuldners für seine Gehülfen.

Obgleich die Lehre von der Haftung des Schuldners für seine Gehülfen bei Erfüllung von Obligationen zu den praktisch nicht unwichtigen gehört, ist sie doch von der Theorie bisher auffallender Weise vernachlässigt worden. In den Lehr- und Handbüchern wird diese Frage gewöhnlich mit Stillschweigen übergangen; selten, daß sie erwähnt wird bei Besprechung einzelner Obligationsverhältnisse in ihrer Anwendung auf diese, so z. B. von Sintenis[1]), von Thöl[2]). Selbst die Monographien, welche die Lehre von der culpa und dem Schadenersatz ex professo behandeln, gehen selten auf den Gegenstand ein; nur bei Hasse findet er eine etwas ausführlichere Erörterung.

Hasse[3]) stellt die Theorie auf, daß der Schuldner hinsichtlich seiner Gehülfen niemals für mehr, als für culpa in eligendo verantwortlich sei. Seine eignen Worte lauten: „Niemand kann von dem, welcher die Bewahrung oder Fortschaffung einer fremden Sache unternahm oder sie dem andern wieder zuzustellen hat, oder endlich von jedem, der ein Geschäft für den andern oder in Beziehung auf seine Sache zu vollführen hat — den Fall ausgenommen, da auf selbsteigene Ausführung die Absicht stillschweigend oder ausdrücklich gerichtet war — mehr verlangen, als daß er einen tüchtigen bewährten Menschen (hominem idoneum) dazu anstelle.

---

[1]) Praktisch. Civilr. Bd. II § 118 bei der Erörterung der locatio conductio operis

[2]) Handelsrecht § 33 bezüglich des institor.

[3]) Lehre von der culpa c. XII S. 533—545.

Beging nun dieser eine Uebereilung, deren man sich aber nicht von ihm versehen konnte, zeigte dieser eine nicht zu erwartende Schwäche oder Bosheit, so bleibt Jener ohne Verantwortung". —

Mit der Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen soll Nichts Anderes ausgedrückt werden, als daß derselbe seinem Gläubiger zum Schadensersatz verbunden ist, wenn seine Leistung durch Schuld seiner Gehülfen gar nicht oder nicht ordnungsmäßig erfolgt, entweder nicht zur rechten Zeit oder nicht am rechten Orte oder nicht in verabredeter Beschaffenheit. Wäre die Hasse'sche Ansicht richtig, so wäre die Verantwortlichkeit des Schuldners unter allen Umständen eine gleiche. Die Verschiedenheit seiner Verpflichtungen gegenüber dem Gläubiger, die doch allein den Maßstab abgeben kann, nach welchem die Verbindlichkeit zum Schadensersatz zu berechnen ist, würde völlig ignorirt. Gar Nichts würde darauf ankommen, ob die Obligation auf eine Sachleistung oder auf ein Thun gerichtet war, ob ein genus oder eine species, ob operae oder ein opus geschuldet wurde. Der Unterschied, welchen es macht, ob auf einen bestimmten Gehülfen kontrahirt oder ob die Person desselben völlig ungewiß gelassen wurde, wird nicht berücksichtigt. Es könnte das Römische Recht die Haftung des Schuldners in der Weise, wie Hasse sie annimmt, festgestellt haben, unwahrscheinlich würde es jedoch sein, da nach den sonst im Römischen Recht geltenden Principien die Verbindlichkeit zum Schadensersatz sich richtet nach dem Inhalt der Obligation des Schuldners.

Sodann, faßt man die praktischen Consequenzen der Hasse'schen Lehre ins Auge, so sind auch diese wenig geeignet, den Glauben an die Richtigkeit derselben zu erwecken. Wie mißlich würde es z. B. mit der Erlangung von Schadensersatz aussehen, wenn derjenige, welcher mit einem Fuhrmann oder mit der Eisenbahn Güter versandte, die durch Schuld der Dienstleute des Fuhrherrn auf dem Transport beschädigt wurden, nur unter der Bedingung an den Transportübernehmer sich

halten dürfte, daß er den Beweis führte, bei der Anstellung der Dienstleute sei nicht die gehörige Vorsicht beobachtet worden, während er in allen übrigen Fällen nur Ansprüche gegen den unmittelbaren Urheber des Schadens hätte. Daß der Verletzte hier fast in der Lage ist, als wenn ihm durch das Gesetz jeder Schadensanspruch abgeschnitten wäre, liegt auf der Hand; von den Gehülfen des Debitors wird meistens Nichts zu erlangen sein, da sie selten pekuniär so gestellt sind, um wenigstens größere Forderungen auf Ersatz befriedigen zu können; der Beweis einer negligentia in eligendo kann hier mit kaum geringerem Recht eine probatio diabolica genannt werden, als der Beweis des Eigenthums, während umgekehrt der Beweis des Gegentheils sehr leicht ist. Auffallender noch zeigt sich die Schutzlosigkeit des Publikums gegenüber den Arbeitern, sobald der Besteller, der einem Handwerker oder Fabrikanten eine Sache übergeben hat, um daraus irgend einen Gegenstand zu verfertigen, die dann durch Ungeschicklichkeit des Gesellen oder Fabrikarbeiters ruinirt wird (z. B. das Zeug zum Rock wird verschnitten, die Wolle beim Färben im Kessel verbrannt), nur den Gesellen auf Ersatz belangen darf, und sobald ihm vom Meister oder dem Fabrikherrn die Ausrede, nicht leichtsinnig und unvorsichtig bei der Anstellung der Leute verfahren zu haben, entgegengestellt werden kann, seinen Anspruch verliert. Ein Recht, welches einen solchen Zustand gestattete, würde wenig den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechen.

Diese Gründe genügen ohne Zweifel, um die Autorität der Hasse'schen Lehre etwas zu lockern, um es mindestens wahrscheinlich zu machen, daß die Römischen Gesetze nicht so mangelhafte Bestimmungen enthalten, wie sie von Hasse in ihnen gefunden werden. Auffallend ist es aber, daß gerade unsere bedeutendsten handelsrechtlichen Autoritäten Hasse beistimmen, nämlich Thöl [4]), dessen Verweisung auf Hasse unbedenklich für Zustimmung ausgelegt werden darf, Gold-

---

[4]) a. a. O.

schmidt[5]), der sein rückhaltsloses Einverständniß ausdrücklich erklärt.

Unter den praktischen Juristen zählt Hasse keine so unbedingten Anhänger wie unter den Theoretikern. Soviel läßt sich aus den uns bekannten Fällen entnehmen, obwohl die Zahl derselben zu gering ist, um auf Gleichmäßigkeit in der Rechtsanwendung schließen zu können. Ein Erkenntniß bei Seuffert VII, 324, bei welchem bemerkt wird, daß andere Gerichte übereinstimmend entschieden hätten, wendet unter specieller Berufung auf Hasse dessen Lehrsätze auf den Spediteur an und spricht daher aus, daß derselbe seinen Pflichten durch die Abgabe des Frachtguts an einen geeigneten Fuhrmann Genüge leiste und für den Schaden, welcher durch die Ungeschicklichkeit des Fuhrmanns zugefügt worden, nur dann verantwortlich sei, wenn ihm nachweislich ein Versehn bei dessen Wahl zur Last falle. Dagegen wird mehrfach anerkannt, daß die Eisenbahnverwaltungen für alle Beschädigungen von Personen oder Sachen durch Schuld ihrer Leute während des Transports herkommen müssen, ohne sich durch den Nachweis befreien zu können, bei ihrer Anstellung nicht kulpos gehandelt zu haben[6]). Endlich wird in einem andern Urtheil bei Seuffert VII, 172 auf Grundlage der l. 25 § 7 D. Dig. 19, 2, in der freilich Nichts davon steht, der Frachtführer für das Verschulden derjenigen Mittelspersonen verantwortlich gemacht, deren er sich zur Weiterbeförderung der ihm übergebenen Güter für eine Strecke Weges bedient hat, ohne dazu kontraktlich ermächtigt zu sein.

Neuerdings ist nun auch die Hasse'sche Ansicht in der Theorie angegriffen worden. Ubbelohde[7]) wirft ihr besonders

---

[5]) Ueber die vertragsmäßige Beschränkung der Ersatzpflicht der Eisenbahnverwaltungen, Archiv für civil. Pr. Bd. 41, 14.

[6]) Seuffert, Archiv VIII, 52 und die zahlreichen von Koch in seinem Werk „Deutschlands Eisenbahnen" Bd. II, Abth. 2 angeführten Erkenntnisse.

[7]) Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. VII, Heft 2.

ihre praktische Unzulänglichkeit vor; er sucht aber ebenso einseitig wie Hasse die Regel der Haftung des Schuldners für seine Gehülfen zu finden, indem er das Gewicht legt auf den Platz, den der Schuldner in der Volkswirthschaft einnimmt. Er will zwischen solchen Schuldnern, die ein Geschäft betreiben und denen, die es nicht thun, unterschieden wissen. Wenn letztere der Thätigkeit dritter Personen sich bedienen, so sollen sie rücksichtlich der Zulassung derselben Nichts weiter schuldig sein, als denjenigen Grad der Sorgfalt, zu welchem sie ohnehin verbunden sind. Die Hülfe dritter Personen ist eben nur ein Werkzeug zur Erfüllung der Obligation, das wie jedes andere Mittel beurtheilt werden muß. Als Regel daher über die Haftung für dritte im Auftrage des Schuldners zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit mitwirkende Personen, wird aufgestellt, daß der Debitor nur für das Verschulden bei deren Auswahl aufzukommen habe.

Die Geschäftstreibenden dagegen sollen dem mit ihnen im Geschäftsverkehr befindlichen Publikum für alle Versehn der in ihrem Geschäft angestellten Leute unbedingt haften. Gerechtfertigt wird dies durch folgende Gründe. Es sei die Thätigkeit der Gehülfen aller Art etwas so sehr sich von selbst Verstehendes, daß auf sie der Wille der Contrahenten nothwendig Bedacht nehmen müsse. Den Meister kenne man oder habe ihn zu kennen Gelegenheit, die Gesellen und Lehrlinge seien umgekehrt dem Publikum meist unbekannt oder ihre Kenntniß doch nur zufällig. Den Meister könne der Besteller wählen, sich also vorsehen; diese müsse er nehmen, so gut und so schlecht als der Meister sie habe. Sollte der Meister bloß für culpa in eligendo haften, so wäre die Sicherheit des Publikums illusorisch, das doch einmal nur mit Hülfe von Gesellen und Lehrlingen bedient werden könne, denn der Meister würde fast immer im Stande sein den Nachweis der größten Vorsicht bei Auswahl seiner Gehülfen zu führen, und von diesen wäre wegen ihrer Armuth meist Nichts zu erlangen. Dazu komme, daß der Meister besser im Stande

sei, sich gegen Verlüste durch seine Gesellen zu schützen, als das Publikum, durch Lohnabzüge, Cautionen u. s. w.

Mehrere Gründe sind es, welche uns diese Ansicht verwerflich erscheinen lassen.

Ubbelohde hat nicht angegeben, was er unter einem Geschäftstreibenden verstehe, den er dem Gewerbetreibenden substituirt hat, ohne Zweifel, weil er letzteren Ausdruck, bei dem Jeder unwillkürlich an Handwerker und Krämer denkt, für zu enge hielt. Wir sind nun freilich nicht der Ansicht, daß Geschäft und Geschäftstreibender so bekannte Größen seien, um darauf eine juristische Distinction zu stützen, wir glauben auch nicht, daß in den gemeinrechtlichen Quellen diese Begriffe definirt sind, allein wir wollen diesen Punkt nicht weiter berühren und zugeben, daß es bestimmte Merkmale giebt, wodurch ein geschäftstreibender Schuldner von andern Debitoren unterschieden werden könne.

Von dieser Distinktion soll die Verantwortlichkeit des Schuldners abhängen, und dies wird damit begründet, daß bei Geschäftstreibenden die Mitwirkung von Gehülfen sich von selber verstehe, was bei andern Personen nicht der Fall sei und daß daher schon bei Eingehung der Obligation der Wille der Contrahenten auf sie Bedacht nehme. Der Grund leidet an demselben Gebrechen, wie so viele Sprichwörter; er enthält einen Satz, der im Allgemeinen wahr ist, von dem aber viele Ausnahmen vorkommen. Die Bedachtnahme auf die Mitwirkung von Gehülfen bei Eingehung der Obligation setzt jedenfalls immer voraus, daß der Gläubiger berechtigt war anzunehmen, sein Schuldner werde sich einiger Gehülfen bedienen. Daß diese Annahme gerechtfertigt ist, wenn mit einem Handwerker und Fabrikanten über eine vorzunehmende Arbeit kontrahirt wird, leidet keinen Zweifel; nun giebt es aber auch Geschäfte, bei denen die Anstellung von Gehülfen ein Ausnahmefall ist, wie z. B. die eines Künstlers, andere, deren Inhaber für gewöhnlich, sei es aus Mangel an Mitteln oder aus andern Gründen, ohne Gehülfen arbeitet. Schließt Jemand

mit einem Geschäftstreibenden der letzten beiden Kategorien einen Contrakt ab, wodurch er eine Forderung erwirbt, so scheint es, darf er nicht darauf rechnen, daß sein Schuldner mit Hülfe anderer Personen die Obligation erfüllen werde. Stellt er seine Erwartung darauf, so thut er es wenigstens einseitig, da der Schuldner ihm keine Veranlassung gegeben hat, die Mitwirkung von Gehülfen in seine Berechnung zu ziehen.

Es muß überhaupt geleugnet werden, daß die Inbetrachtnahme von Gehülfen bloß bei Contrakten mit Geschäftstreibenden vorkomme, sie ist vielmehr ganz unabhängig davon, ob mit einem solchen kontrahirt worden ist oder nicht.

In sehr vielen Fällen wird bei Eingehung der Obligation gar nicht daran gedacht sein, von wem die Erfüllung ausgehen werde, und es wird folglich auch nicht die Erwartung auf die Zuziehung von Gehülfen gerichtet gewesen sein. Der Schuldner hat für den Gläubiger nicht selten nur das Interesse, daß er es ist, der ihm für die Erfüllung der Obligation haftet, während es ihm im Uebrigen völlig gleichgültig ist, vorausgesetzt, daß kontraktsmäßig geleistet wird, ob vom Schuldner in eigner Person oder durch seine Gehülfen Zahlung erfolgt. Der Gläubiger überläßt es dem Schuldner zu sehn, wie er die Erfüllung zu Stande bringe, und dieser weiß bei Eingehung der Obligation nicht immer und kann es oft gar nicht einmal wissen, z. B. beim Lieferungsgeschäft, auf welche Weise er die Erfüllung beschaffen werde. Wer eine Sache kommodirt, oder kauft oder vermiethet, dem ist es meistens ziemlich einerlei, wer ihm den schuldigen Gegenstand bringe, wenn er ihn nur so wie sich's gebührt, erhält. Daß hierbei Nichts darauf ankomme, ob der Schuldner ein Gewerbe betreibe oder nicht, wird keines Beweises bedürfen.

Dagegen giebt es im Verkehr zahlreiche Fälle, wo von vornherein auf die Zuziehung von Gehülfen Bedacht genommen wird, ohne daß es einen Unterschied macht, welchen Stand und Rang der Schuldner in der bürgerlichen Gesellschaft behauptet. Fabrikanten und Advokaten werden von

Ubbelohde zu den Geschäftstreibenden gerechnet und kann er daher Nichts dagegen einwenden, wenn diese hier als Beispiele benützt werden. Wer bei einem Fabrikanten eine anzufertigende Sache bestellt, weiß im Voraus, daß derselbe gar nicht oder doch nicht allein bei der Verfertigung Hand anlegen werde; von ihm darf man daher wohl sagen, daß er sich mit der Zuziehung von Gehülfen einverstanden erklärt, ohne daraus nachtheilige Folgen für sich hervorgehn lassen zu wollen. Dasselbe ist man aber nicht berechtigt zu behaupten von demjenigen, welcher einem Advokaten eine Angelegenheit zur Besorgung übergiebt. Bei der Wahl eines Advokaten entscheidet das Vertrauen zu seiner persönlichen Tüchtigkeit und Gewandtheit, jeder Klient erwartet, daß sein Anwalt den ihm anvertrauten Proceß selbst führen und nicht durch Andere besorgen lassen werde. Sollte aber dennoch ein Advokat die Dienste Anderer benutzt haben, so ist trotzdem seine Verantwortlichkeit für die Gehülfen eine andere, als die des Fabrikanten. Der Spediteur, der Miethfuhrmann, die ihr Geschäft gewerbsmäßig betreiben, haften jener für culpa in eligendo, dieser für alle Versehn seiner Leute. Es tritt auch der umgekehrte Fall ein, daß, wenn mit Jemandem, der nicht gewerbsmäßig ein Geschäft betreibt, ein Schuldverhältniß eingegangen wird, bald Mitwirkung von Gehülfen erwartet wird, bald nicht. Wer ein Commodat abschließt, einerlei mit wem, weß Standes der Schuldner sei, erwartet keineswegs, daß der Commodatar die geliehene Sache selber zurückbringen werde; ein Deponent dagegen nimmt die persönlichen Dienste des Depositars in Anspruch. Der Commodatar trifft rücksichtlich des Boten, den er mit der Rücklieferung der geliehenen Sache beauftragte, in der Regel nur die Verbindlichkeit zur diligentia in eligendo, der Depositar im gleichen Fall muß gewöhnlich Mehr prästiren.

Die obigen Beispiele erläutern zur Genüge, daß die Stellung des Schuldners, ob Geschäftsmann oder nicht, auf seine Verantwortlichkeit keinen Einfluß übt. Ein solcher Einfluß würde durchaus mit dem Wesen des Rechts in Widerspruch

stehen, da die Haftung des Schuldners abhängig gemacht würde von einem rein äußerlichen zufälligen Umstande. Die Folge würde sein, daß die Verpflichtung häufigem Wechsel und Schwankungen ausgesetzt wäre, indem die Veränderungen in der persönlichen Lage rückwirken müßten auf die Verbindlichkeiten. Was ein Schuldner zu leisten habe, ist ganz unabhängig von der Qualität der Person; eine Einwirkung dieser darauf läßt sich nur rechtfertigen, insofern dieselbe auf die rechtliche Natur der Obligation bestimmend, modificirend einwirkt, wie z. B. das Gewerbe der Gastwirthe das receptum hervorgerufen hat. Aber auch dann muß mindestens die Beschränkung hinzugefügt werden, daß die Obligation, zu deren Erfüllung die Dienste eines Gehülfen benutzt sind, grade zum Geschäftsgebiet des Principals gehöre, und ferner, daß der Gehülfe für solche angestellt worden. In allen übrigen Fällen dürfte ein Geschäftsgehülfe doch nicht anders behandelt werden, wie jede beliebige Hülfsperson, deren sich Jemand gelegentlich bedient, um seinen Verpflichtungen nachzukommen. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Schuster seinen Lehrjungen beauftragt, ein Paar gekaufter Stiefel dem Kunden zu überbringen, oder ob er einen Freund, der gerade des Wegs geht, bittet sie mitzunehmen.

Muß auch im Allgemeinen die Richtigkeit der Ansicht Ubbelohde's in Abrede gestellt werden, so soll doch keineswegs das Wahre und Zutreffende, was in derselben enthalten ist, verworfen werden. Worin er Recht hat, ist, daß Handwerker, Fabrikanten, kurz alle, welche die Verfertigung von Sachen gewerbsmäßig betreiben, in der Regel ihren Gläubigern für alle Versehen ihrer Gehülfen bei Erfüllung der in ihr Gewerbsgebiet fallenden Obligationen einzustehn haben. Der Grund davon liegt aber nicht darin, daß die Schuldner ein Geschäft betreiben, sondern darin, daß die mit solchen Personen eingegangenen Obligationen gewöhnlich auf ein opus gerichtet sind. Ferner hat ausnahmsweise die gewerbliche Thätigkeit eines Schuldners auf seine Verantwortlichkeit Einfluß; so

müssen z. B. die Publikanen, die Schiffsrheder in sehr weitem Umfange für ihre Leute haften. Dies sind jedoch singuläre Bestimmungen, keine allgemeinen Regeln.

Eine mehrfache Erörterung hat in jüngster Zeit die Frage von der Haftung eines Schuldners für seine Gehülfen auf einem Gebiet gefunden, für welche sie allerdings von besonderer praktischer Wichtigkeit ist. Seitdem Eisenbahnen ein Hauptverkehrsmittel geworden sind, dessen Betrieb so ins Große geht, daß die Unternehmer nothwendig eines zahlreichen Personals sich zu bedienen gezwungen sind, hat die Frage häufig aufgeworfen werden müssen, inwieweit die Eisenbahnverwaltungen für den Schaden, welcher durch ihre Bediensteten den Personen, welche die Bahn benutzen oder den Gütern, welche mit ihr versandt werden, zugefügt worden ist, ersatzpflichtig sind. In den Schriften, welche sich mit den rechtlichen Verhältnissen der Eisenbahnen beschäftigen, konnte diese Frage natürlich nicht übergangen werden. Verschiedene Ansichten sind aufgestellt worden, deren Abweichungen sich jedoch mehr darauf beziehen, welche Grundsätze zur Anwendung zu bringen sind, als darum, welchen rechtlichen Gehalt diese Grundsätze haben. So führt Koch [8]) die Ersatzpflicht der Eisenbahnen auf eine locatio conductio, Beschorner [9]) auf ein receptum zurück: das Nähere darüber unten.

Die Verantwortlichkeit eines Schuldners für die Versehn der bei Erfüllung einer Obligation zugezogenen Gehülfen richtet sich hauptsächlich nach der Beschaffenheit der Leistung, zu welcher der Schuldner vermöge der Obligation dem Gläubiger verpflichtet ist und kann somit, weil die Leistungen sehr mannichfaltig sind, einen ganz verschiedenen Umfang haben. Es wird z. B. wenn auf einen bestimmten Gehülfen kontrahirt war, etwas Anderes gelten müssen, als wenn die Person des Gehülfen ganz unbestimmt geblieben, die Haftung eines Custo-

---

[8]) Deutschlands Eisenbahnen Bd. II, Abth. 2, §§ 6, 23, 23a.

[9]) Das deutsche Eisenbahnrecht § 118.

dienten ist eine andere, als die des Schuldners, der eine Sache von einem Ort nach einem andern hinzuschaffen obligirt ist u. s. w. Ausnahmen von der Regel, daß die Beschaffenheit der obliegenden Leistung entscheide, kommen nach zwei Richtungen vor, indem bisweilen ein Verpflichtungsgrund schon in der bloßen Anstellung von Gehülfen liegt, bisweilen die persönliche Stellung eines Debitors im Volkshaushalt, oder der juristische Charakter der Gehülfen Einfluß auf die Verantwortlichkeit üben.

Ehe jedoch der Beweis für diese Behauptungen angetreten werden kann, muß zuvor der Begriff eines Gehülfen festgestellt werden, denn so einfach und leicht auch derselbe erscheint, so herrscht in der Theorie dennoch keineswegs Uebereinstimmung über denselben.

Erstes Capitel.

Von der rechtlichen Natur des Gehülfen.

§ 1.

Begriff desselben.

Es muß die Bemerkung vorangeschickt werden, daß die Untersuchung über Begriff und Wesen eines Gehülfen nur geführt werden soll in Beziehung auf solche Akte, durch welche eine erlaubte rechtliche Wirkung für einen Privaten hervorgebracht werden soll. Man kann Gehülfen zuziehen, um ein Rechtsgeschäft abzuschließen, z. B. eine Tradition zu vollziehn, einen Vertrag zu kontrahiren, eine Schuld zu zahlen, oder um ein Ereigniß zu bewirken, welches in den Rechtsverhältnissen einer oder mehrerer Personen eine Aenderung erzeugt, z. B. Erwerb von Besitz, Vornahme einer Specifikation u. s. w. Wenn daher einerseits die Gehülfen in rechtlich gleichgültigen Dingen, in Gegenständen ohne juristische Bedeutung, z. B. Aufwerfen eines Grabens, von unserer Betrachtung aus-

geschlossen sind, so liegen andererseits auch die Deliktsgehülfen, die Gehülfen bei unerlaubten Handlungen, mögen sie kriminell strafbar sein oder bloß zum civilrechtlichen Schadensersatz verpflichten, fern.

Als Gehülfe Jemandes läßt sich Jeder bezeichnen, der von ihm gebraucht wird, um einen rechtlichen Akt der eben bezeichneten Art herbeizuführen. Mehrere Momente müssen zusammentreffen, um diesen Begriff herzustellen.

1. Von Seiten des Gehülfen muß der Wille vorhanden sein, die Handlung, welche er vornimmt, nicht für sich, sondern für einen Andern auszuführen. Der Gehülfe will Vollstrecker eines fremden Willens sein, ein Werkzeug, durch welches ein Anderer seinen Willen geltend macht. Die Wirkung [10]), den Erfolg, welchen er durch seine Handlung hervorzurufen beabsichtigt, soll nicht für ihn eintreten, er soll vielmehr bei einem Andern sich äußern, dessen Anordnungen sich der Gehülfe unterwirft. In seinen persönlichen oder Vermögensverhältnissen will der Gehülfe eine Aenderung bewirken, nicht in den eigenen. Ueberträgt er z. B. eine Sache, so will er die Sache seines Principals tradiren; fertigt er einen Gegenstand an, so hat er die Absicht, dies im Interesse eines Andern zu thun; schließt er einen Kontrakt ab, bezahlt er eine Schuld, so will er nicht aus dem Vertrag verpflichtet, durch die Zahlung nicht liberirt werden; diese Rechtsgeschäfte sollen ihre rechtlichen Wirkungen nur für die haben, in deren Namen und für welche sie eingegangen sind u. s. w. Diese Absicht schließt natürlich nicht aus, daß der Gehülfe nicht auch den Willen haben könnte durch die Vergütung für seine Thätigkeit sich einen Gewinn zu verschaffen, beide können sehr wohl neben einander bestehn, da sie ganz verschiedene Objekte haben.

---

[10]) Daher kann nicht zu den Gehülfen gerechnet werden der Eigenthümer, welcher in die Veräußerung seiner Sache durch einen Dritten konsentirt; derjenige, welcher die Schuld Jemandes bezahlt, um ihm zu schenken oder sich selbst von einer Schuld zu befreien.

Daß der Gehülfe seine Handlung als Bestandtheil eines rechtlichen Vorganges erkenne und auffasse, daß er die Rechtswirkungen ahne, welche möglicherweise an sie geknüpft sein können, ist keineswegs immer forderlich. Es übt dieser Umstand keinen Einfluß auf seine Stellung als Gehülfe. Demjenigen, welcher für Jemanden als dessen Stellvertreter einen Vertrag abschließt, kann die rechtliche Bedeutung seiner That nicht verborgen bleiben; er weiß, indem er sie vornimmt, daß sie die Ursache einer Berechtigung oder Verpflichtung ist. Der Bote aber, welcher eine Sache überbringt, der Bauhandwerker, der bei einem Hausbau beschäftigt ist, hat häufig keine Kunde davon, daß er seinem Arbeitsherrn eine Obligation zu erfüllen behülflich ist. Es kann auf dies Wissen Nichts ankommen, weil die möglichen Rechtswirkungen nicht durch den Willen des Gehülfen, sondern durch den des Herrn erzeugt werden.

2. Soll der Thätigkeit des Gehülfen Folge gegeben werden für einen Andern, für den Principal, so kann dies nur geschehen mit dessen Willen. Nicht nur, wenn überhaupt ein auf die Wirkungen des Thuns des Gehülfen gerichteter Wille vorhanden war, sondern auch allein so weit dieser existirte, ist es möglich ihm Bedeutung für den Principal beizumessen. Denn erlaubte Handlungen Jemandes können für einen Andern nur Wirkungen äußern, soweit dieser die Wirkungen für sich wollte [11]. Dieser Wille ist aber nicht bloß Uebereinstimmung oder Genehmigung eines davon verschiedenen des Gehülfen, wie es der Fall ist, wenn der Auftraggeber den Mandatar einen Vertrag in eignem Namen schließen läßt, um später durch Klagencession die ökonomischen Wirkungen jenes Vertrages sich anzueignen. Vielmehr wenn jede Handlung bezeichnet wird als Ausfluß eines Willens, so ist es jener Wille, aus welchem

[11]) So oft aus einer Handlung Wirkungen für Jemanden entspringen wider dessen Willen, liegt ein Delikt im weiteren Sinne vor; Wirkungen ohne seinen Willen, also solche, welche ipso jure eintreten, werden herbeigeführt durch Ereignisse, welche von seiner Einwirkung unabhängig sind, bei denen daher auch Mitwirkung von Gehülfen undenkbar ist.

die Handlungen des Gehülfen geflossen ist. Er ist die Ursache, daß gewisse Wirkungen eingetreten sind. Der Principal beabsichtigt durch den Gehülfen Etwas für sich thun zu lassen; es liegt darin nothwendig, daß sein Wille entscheidet wie und was geschehen soll, daß er die Thätigkeit, das Handeln des Gehülfen bestimmt; alle Wirkungen und Erfolge, die hieraus hervorgegangen sind, müssen auf ihn zurückgeführt werden können, der durch das Organ des Gehülfen sich in der Außenwelt offenbarte. Es läßt sich das Verhältniß des Principals zum Gehülfen etwa so angeben; jener wird thätig als sich selbst bestimmendes Subjekt, dieser als ein durch den Willen eines Andern bestimmtes [12]).

Der Wille des Principals ist nicht immer ein specieller, auf diese bestimmte Handlung des Gehülfen gerichteter, er ist ebenfalls vorhanden, wenn jener allgemein für eine ganze Reihe von Handlungen im Voraus Jemanden zu seinem Gehülfen gemacht hat. Es setzt nicht einmal immer Wissen von der einzelnen Handlung des Gehülfen voraus; dieses ist nur dann nothwendig, wenn das Gehülfenverhältniß gerade nur für den einzelnen Fall eingegangen ist.

3. Das dritte Erforderniß, damit Jemand als Gehülfe eines Andern angesehen werden könne, ist darin zu setzen: es muß ein Vorgang sich ereignet haben, durch welchen eine Person zu einer andern in das Verhältniß gestellt wird, daß sie für dieselbe thätig werden will. Das Abhängigkeitsverhältniß, nach welchem der Wille des Gehülfen beherrscht und bestimmt wird durch den des Principals, kann nur durch einen darauf gerichteten Akt begründet werden. Die Entstehungsgründe sind entweder amtliche Berufung, z. B. Ernennung eines Vormunds, Bestellung eines Curators, meistens aber freie Vereinbarung zwischen Principal und Gehülfen, z. B.

---

[12]) Wenn Jemand Namens eines Andern dessen Schuld bezahlt, ist er noch nicht dessen Gehülfe; er wird es, sobald der Debitor ihm dazu Auftrag giebt, oder die Zahlung wissentlich für sich geschehen läßt.

Miethe, Mandat, negotiorum gestio. Es kommen endlich auch Fälle vor, wo Jemand in einer solchen Beziehung zu einem Andern steht, daß er dessen Anordnungen Folge leisten muß auch wider seinen Willen, z. B. der Soldat, welcher seinem Vorgesetzten zu gehorchen verbunden ist.

Es kann das Verhältniß zwischen Principal und Gehülfen ein dauerndes sein, wie das des Gesellen zum Meister, des Dienstboten zur Herrschaft, bald auf gewerbsmäßigen Betrieb eines Geschäfts gerichtet, bald auf Geschäfte verschiedenerlei Art; es kann auch ein vorübergehendes sein, welches bloß für eine bestimmte Handlung begründet worden ist.

Wenn nun gleich der Wille des Gehülfen beherrscht und bestimmt wird durch den seines Principals, so ist doch diese Abhängigkeit nicht immer bis zu dem Grade als vorhanden zu denken, daß dadurch der Gehülfe zu einer bloßen Arbeitsmaschine herabgewürdigt würde. Savigny [13]) hat die Auffassung, daß der Bote immer ein bewußtloses und willenloses Werkzeug sei, getadelt und als unrichtig nachgewiesen. Was Savigny von einer Art des Gehülfen bemerkt hat, läßt sich allgemeiner fassen und auf alle Arten von Gehülfen anwenden. Es thut dem Wesen eines Gehülfen keinen Eintrag, daß ihm so viel Freiheit gelassen worden, um selbstständig auf das ihm übertragene Geschäft einwirken zu können [14]). Nicht immer ist ihm die Art und Weise seines Handelns so genau vorgeschrieben, daß er Nichts weiter zu thun hätte, als mechanisch einen fremden Willen auszuführen. Indem der Principal für sich nicht nur das Willensvermögen, sondern auch die Einsicht und Ueberlegung des Stellvertreters nutzbar machen will, ertheilt er ihm nur eine allgemeine Instruktion, in welcher bloß Ziel und Zweck des Handelns bezeichnet wird, damit er nach Lage der Sache zu verfahren, die Verhältnisse zu berücksich-

---

[13]) Obligationenrecht Bd. II, § 56 ff.

[14]) Man kann auf den Gehülfen einen Ausspruch des Aristoteles anwenden, in welchem er einen Sklaven definirt: der Sklave ist ein beseeltes Werkzeug, das Werkzeug ein unbeseelter Sklave.

tigen vermöge. Dasselbe kommt auch bei andern Gehülfen vor, z. B. dem Arbeiter, der eine Specifikation vornimmt, dem Gehülfen bei Ausführung einer Opusobligation, daß nur im Großen und Ganzen die vorzunehmende Thätigkeit aufgetragen, die Ausführung im Einzelnen der Einsicht des Gehülfen vorbehalten wird, so daß es in seinem Belieben steht, welchen von den möglichen Wegen, die zum Ziele führen, er einschlagen will. Und doch bleibt er Gehülfe, denn Alles, was er immer thun möge, ist vom Principal im Voraus oder wird nachfolgend als von ihm gewollt, von ihm ausgegangen anerkannt.

Weil von praktischer Wichtigkeit, ist es nicht ohne Interesse einen Blick zu werfen auf die Art, in welchen Gehülfen an einer Handlung von rechtlicher Bedeutung Theil nehmen können. Ihering [15]) unterscheidet zwischen den juristischen und faktischen Elementen eines Rechtsgeschäfts. Erstere sind diejenigen, die für dies Rechtsgeschäft rechtlich nothwendig sind; sie bilden den Thatbestand, den juristischen Kern der Handlung, alle übrigen sind faktischer Natur, welche an sich keine rechtliche Bedeutung haben, sondern sie nur dadurch erlangen, daß sie in Beziehung zu einem beabsichtigten Rechtsakte gebracht werden [16]). Dieser Unterschied ist die Grundlage einer äußer-

---

[15]) Ihering und Gerber Jahrbücher für die Dogmatik Bd. I Heft 2 und Bd. II H. 1. Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte.

[16]) Ihering a. a. O. knüpft an die obige Unterscheidung eine andere, nämlich die zwischen Stellvertretern und Gehülfen. Er leugnet, daß ein Stellvertreter Gehülfe sei und behauptet, daß die Mitwirkung des ersteren am Rechtsgeschäft juristischer, die des letzteren faktischer Natur sei, oder mit andern Worten, daß die Thätigkeit des Stellvertreters sich auf die juristischen Elemente eines rechtlichen Akts, die des Gehülfen sich auf die faktischen beziehe. Aehnlich Cujac. ad African. tr. VIII (ed. Neapolit. tom I p. 1496) Nuntius minister est; procurator minister non est, officium enim praebet, non ministerium. Daß ein Unterschied zwischen einem Boten und einem Stellvertreter sei, wer wollte das läugnen? Nichts steht jedoch im Wege beide unter die gemeinsame Rubrik des Gehülfen zu bringen, denn ob Jemand für den Gehülfen eines Andern genommen werden dürfe, kann doch unmöglich von dem Gegenstande abhängen, an welchem seine Thätigkeit geübt wird. Nehmen wir z. B. an, daß A von dem abwesenden H den Auftrag erhalten

lichen Verschiedenheit unter den Gehülfen. Man wird nämlich immer denjenigen zunächst für den Urheber einer Handlung ansehen und in seiner Person die Wirkungen derselben eintreten lassen müssen, welcher den äußern Akt vorgenommen hat. Führt daher Jemand einen Akt von unmittelbarer rechtlicher Bedeutung aus, z. B. giebt er eine Willenserklärung ab, die den Abschluß eines Vertrages bewirkte, so muß die Willenserklärung für seine eigne, der Contrakt folgeweise als für ihn abgeschlossen angesehen werden. Wollte der Handelnde nun bloß Gehülfe eines Andern sein, so muß er, um jene Annahme abzuschneiden, und sich vor dem Publikum, vor den andern Contrahenten den Charakter eines Gehülfen zu reserviren, dies bei der Vornahme der Handlung bemerken. Er muß, wenn er nicht das in ihn gesetzte Vertrauen täuschen will, sich als Gehülfen bei der Handlung selbst geriren. Das geschieht, indem er auf seinen Principal verweist, in seinem Namen die Handlung vornimmt. Anders verhält es sich mit den von Ihering so genannten faktischen Bestandtheilen eines Rechtsakts. Die hierher gehörenden Handlungen sind an sich ohne rechtliche Bedeutung, juristisch gewissermaßen seelenlose Körper, denen Geist und Leben erst eingehaucht werden muß. Das Ueberbringen oder die Anfertigung einer Sache, mit welcher Jemand eine Schuld zu bezahlen gedenkt, sind zunächst ganz gleichgültige Akte. Sie werden aber juristisch bedeutsam,

---

habe, mit Y einen Kaufhandel abzuschließen. A persönlich verhindert schickt statt seiner als Stellvertreter den B, der auch wirklich mit Y kontrahirt. Sollte hier geläugnet werden können, daß B dem A behülflich gewesen, um dessen Obligation gegen H zu erfüllen? Oder zwei Personen wollen ein Geschäft mit einander machen; die Traktaten sind verabredet, die Appunktuationen aufgesetzt, es soll der Contrakt nur noch sollemnisirt werden. Der eine Contrahent, weil er nicht selber kommen kann, sendet zur Vornahme des definitiven Abschlusses einen Stellvertreter. Offenbar ist doch dieser Gehülfe des Absenders, indem er mitwirkt seine Obligation zu erfüllen. In den Quellen werden die Ausdrücke opera, ministerium ohne Unterschied für Stellvertreter und für Boten gebraucht. Ihering a. a. O. Bd. II, H. I, S. 70.

dadurch daß sie Bestandtheile einer Rechtshandlung werden, daß Jemand sie ausübt, um eine gewisse rechtliche Wirkung zu erreichen. Ist nun derjenige, welcher die Rechtswirkung erzielen will, ein Anderer als der, welcher jene Akte vorgenommen hat, so ergiebt sich von selbst aus der Beschaffenheit der Thätigkeit, daß der Letztere nur Gehülfe des Ersteren war, daß er nur mitgewirkt hat, um Jenem die Realisirung seines Willens zu erleichtern oder möglich zu machen. Hier ist es der Gegenstand der Thätigkeit, welcher über die Rolle des Gehülfen und des Principals entscheidet. Ihr Verhältniß tritt an sich äußerlich in ihren Handlungen hervor. Im erstern Fall ist es nicht schon aus der Handlung zu ersehn, wer Principal und wer Gehülfe sei, es bedarf dort vielmehr eines besondern Akts, welcher zu der eigentlichen Handlung hinzutritt, um es ersichtlich zu machen.

Die Abhängigkeit des eignen Willens von dem Willen eines Andern, das Begeben der Person unter die Botmäßigkeit einer andern, machen das Wesen des Gehülfen aus. Der Principal hat allein den Willen, der Gehülfe hat nur den des Principals, beide machen nur Einen Willen geltend. Rechtlich müssen beide daher für Eine Person gelten, soweit die Einheit der beiden Willen vorhanden war, da es sich um den Eintritt einer beabsichtigten Wirkung handelt. Gleichgültig muß es dabei sein, ob die Zuziehung von Gehülfen rechtlich vorgeschrieben war, wie z. B. wenn der Blinde bei der Testamentserrichtung einen octavus subscriptor hinzuziehen muß, oder ob sie auf natürlicher Nothwendigkeit beruhte, da der Principal allein die intendirte Handlung nicht ausführen konnte, oder endlich ob sie ganz freiwillig und zufällig war. Die äußeren Veranlassungen berühren das innere Wesen der Sache nicht.

Das Moment der Willenseinheit giebt zugleich das Maß an, in wieweit die Handlungen des Gehülfen als Handlungen seines Principals angesehn werden müssen. Sie besteht nur, sofern jener, das was er thun sollte und so wie es ihm vorgeschrieben war, ausgeführt hat. Wenn der Gehülfe das ihm

aufgetragene Geschäft in vollkommener Weise verrichtet hat, so muß nun auch seine Handlung wie eine des Principals behandelt werden, da dieser auf sie seinen Willen richtete, gerade wie wenn er sie selbst vorgenommen hätte. Für die rechtliche Betrachtung ist es einerlei, ob der Gehülfe oder der Herr thätig gewesen ist. Daraus wird gefolgert werden können, einestheils, daß Wirkungen und Folgen aus der Handlung ausschließlich für den Principal hervorgehen, anderntheils, daß für den Gehülfen keine daraus entspringen. Das muß gleicherweise gelten, ob der Gehülfe bloß Dienste thatsächlicher Natur geleistet oder juristische Handlungen vorgenommen hat. Für den Detentor treten nicht die rechtlichen Folgen des Besitzes ein, der Fabrikarbeiter, welcher fremde Baumwolle verwebt, erwirbt durch diese Specifikation nicht Eigenthum; der Bote, welcher eine Sache zum Zweck der Zahlung überbringt, gilt nicht als der Zahlende, sowenig er Contrahent wird durch die Mittheilung einer fremden Willenserklärung. Auch vom Stellvertreter steht im heutigen Recht der Satz fest, daß er durch die von ihm vorgenommenen Handlungen gar nicht, sondern ausschließlich der Principal berechtigt und verpflichtet werde [17]).

Im entgegengesetzten Falle, — wenn der Gehülfe bei Ausführung der ihm obliegenden Geschäfte Versehen begangen hat, böswillig oder nachlässig gewesen ist — kann natürlich die oben angegebene Beurtheilung nicht angewandt werden. Dann besteht jene Willenseinheit nicht, da der Wille des Principals nur auf die ordnungsmäßige Vornahme des Geschäfts gerichtet war, und nicht auf die Regelwidrigkeiten, die Unordnungen, welche der Gehülfe sich zu Schulden kommen ließ. Daraus ist der umgekehrte Schluß, wie oben zu ziehen: die rechtlichen Folgen der Versehen treffen den Gehülfen stelbstständig und können gegen ihn geltend gemacht werden, soweit es eine Klage darauf

[17]) Savigny, a. a. O.; Buchka, Lehre von der Stellvertretung § 21; Brinz, kritische Blätter; Ihering in der eben citirten Abhandlung an mehreren Stellen.

giebt. Sie treffen ihn auch regelmäßig ausschließlich, seinen Principal gar nicht, wenn nicht ein besonderer Grund hinzutritt, aus welchem dieser für die Versehn des Gehülfen einstehn muß. (Davon § 4.)

Wenden wir jetzt den eben gefundenen Begriff eines Gehülfen auf Obligationsverhältnisse an, um damit dem Gegenstande dieser Abhandlung näher zu kommen. Als Gehülfe eines Debitors wird derjenige bezeichnet werden können, welcher für ihn bei der Erfüllung der Obligation in irgend einer Weise thätig gewesen ist, sei es, indem er eine rechtliche Handlung vornahm oder factische Dienste leistete. Wen der Debitor verwendet, um dasjenige, was ihm vermöge der Obligation obliegt, oder einen Theil desselben zu thun, der ist sein Gehülfe. Wann ein solches Verhältniß anzunehmen sei, ist natürlich quaestio facti; das folgende Schema bezweckt nur eine Uebersicht der einzelnen Fälle zu geben.

Als Gehülfe des Debitors ist anzusehn,

1) Derjenige, welcher speciell von ihm engagirt ist, Etwas nach der Obligation ihm Obliegendes zu thun, durch Vertrag, z. B. Mandat, locatio conductio, Innominatkontrakt oder durch Erbittung als Gefälligkeit.

2) Wer ohnehin in Diensten des Schuldners steht und welcher

a. entweder durch speciellen Befehl,

b. oder schon durch das Dienstverhältniß an sich, durch dessen Zweck, wie z. B. der Vormund, der Curator eines Vermögens, berufen wird, in Beziehung auf die Leistung, zu welcher der Schuldner — Dienstherr — verpflichtet ist, thätig zu werden. Ein solcher kann Gehülfe sein, auch ohne daß der Dienstherr Etwas davon weiß.

3) Derjenige, welcher ohne im Dienste des Schuldners zu stehn, doch dessen Befehlen unterworfen ist und auf Grund dieses Verhältnisses vom Schuldner benutzt wird, für ihn thätig zu werden.

4) Endlich der, welcher unaufgefordert, aus eignem Antriebe dem Schuldner behülflich ist, dessen Beistand sich dieser wissentlich gefallen läßt.

§ 2.

Mitwirkung von Behörden oder Notaren bei Rechtsgeschäften.

Im Allgemeinen bietet die Anwendung der im Vorstehenden ausgeführten Sätze keine sonderlichen Schwierigkeiten, in einzelnen Fällen kann es jedoch zweifelhaft sein, ob gewisse Personen, welche bei der Erfüllung mitwirken, als Gehülfen des Schuldners zu bezeichnen sind oder nicht. In einem solchen ungewissen Lichte erscheint namentlich die Mitwirkung der Obrigkeit bei einem Rechtsgeschäft [18]). Vielleicht wird mit folgender Unterscheidung das richtige Verhältniß desselben zum Rechtsgeschäft getroffen werden; so verschieden auch sonst an Umfang und Inhalt ihr Antheil an demselben sein mag. Von den Handlungen, aus welchen die Mitwirkung der Obrigkeit besteht, werden einige nicht zunächst im Interesse der kontrahirenden Personen, wenn sie vielleicht auch im endlichen Erfolge ihnen zu gute kommen, sondern in einem darüber stehenden höhern, allgemeineren vorgenommen. Bald sind es Rücksichten des Gemeinwohls, auf Erhaltung der guten Sitte, Sicherheit des Rechtsverkehrs, bald rein finanzielle, um dem Staat eine Einnahmequelle zu verschaffen. Dahin gehören z. B. die causae cognitio, welche bisweilen der Obrigkeit über den materiellen Inhalt und den formellen Abschluß eines

[18]) Ihering a. a. O. S. 292, 311 trennt die Obrigkeit vollständig von den Gehülfen und stellt sie in die Kategorie der Theilnehmer am Geschäft neben den Principal zugleich mit dem dritten Berechtigten, dessen Consens zur Veräußerung seiner Sache nothwendig ist, dem Vormunde, den Sollemnitätszeugen. Er charakterisirt die Bedeutung dieser Nebenpersonen für das Geschäft dahin, daß ihre Handlung ebenso nothwendig und wesentlich für den Bestand des Geschäfts sei, wie die des Principals, welche durch sie erzeugt oder vervollständigt werde, sodaß das Geschäft ohne die eine oder die andere nicht bestehen könne.

Geschäfts zusteht, die Anwendung gewisser Formen, um den definitiven Abschluß hervorzuheben, die Stempelung der Geschäftsurkunden u. s. w. Auf diese Handlungen steht den Privaten, welche ein Geschäft eingehen, keine andere Einwirkung zu, als daß sie dieselben durch einen Antrag bei der Obrigkeit veranlassen, weder auf die Art und Weise der Vornahme, noch auf Ziel und Zweck der Handlungen können sie Einfluß üben. Ihre Thätigkeit steht vielmehr unter der ausschließlichen Gewalt der Obrigkeit, die gebunden ist an die Gesetze oder Dienstinstruktionen. Sie fungirt dabei nicht im Interesse der Einzelnen, von denen sie angegangen wird, sondern sie vertritt den Staat, die Gesammtheit, welche der Pfleger der allgemeinen Interessen ist. Wenn man sie daher nicht bezüglich ihrer Handlungen als Gehülfen der privaten Geschäftskontrahenten ansehen kann, so würde es auch unzulässig sein, diese für ihre Fehler und Nachlässigkeiten verantwortlich zu machen. Ist Jemand durch sie benachtheiligt, so ist er Schadensersatz nur von ihnen oder denen, deren Interesse sie wahrnehmen, zu fordern berechtigt. Wenn z. B. Jemand sich verpflichtet hatte, die Abstempelung eines Wechsels bei der Steuerbehörde zu bewirken, durch einen Fehler aber seitens derselben ist das gültige Zustandekommen des Geschäfts verhindert, so kann Regreß nur gegen die Behörde genommen werden.

Andere Handlungen der Obrigkeit sind dagegen im besondern Interesse der Geschäftsinteressenten vorgeschrieben, sie dienen bloß zum Nutzen derer, welche ein Rechtsgeschäft abschließen wollen. Auf diese Handlungen ist Einwirkung der Privaten zulässig; bei ihrer Vornahme wird die Obrigkeit von ihnen geleitet; sie ordnet sich ihrem Willen unter, fungirt nach ihrem Geheiß; nicht nur das Ob, sondern auch das Wie hängt von dem Belieben der Contrahenten ab. Soweit es nicht bloß die äußere Form angeht, richtet sich die Behörde nach dem Wunsche und Ermessen derjenigen, welche ihr Thätigwerden beanspruchen. Und daher, indem sie diese Handlungen

vornimmt, deren rechtliche Wirkungen allein in den Geschäftssubjekten sich zeigen, ist sie ein Gehülfe, der diesen Dienste leistet. Zu solchen Handlungen würden etwa gerechnet werden müssen die Aufzeichnung eines von den Contrahenten zu Protokoll diktirten Vertrags, die Niederlegung einer Sache ins gerichtliche Depositum, welche ein Schuldner Zahlungs halber gerichtlich deponiren muß. Der Richter, welcher einen Vertrag nach dem Diktat einer oder beider Parteien niederschreibt, unterscheidet sich bei diesem Akt in Nichts von einem gewöhnlichen Schreiber [19]), die größere Autorität, welche das von einer Behörde Geschriebene genießt, hat mit der Handlung des Schreibens Nichts zu thun. So gut wie für die Dienstleistungen eines nicht staatlich autorisirten Schreibers derjenige, welcher sich seiner bedient, einstehen muß, ebenso wird der durch die Behörde verpflichtet, der durch sie Etwas aufschreiben läßt. Daß die Mitwirkung der Obrigkeit eine gesetzliche Nothwendigkeit ist, daß sie nicht willkürlich von den Geschäftskontrahenten weggelassen werden kann, steht nicht entgegen. Dasselbe trifft auch zu bei dem octavus subscriptor, der zugezogen werden muß, wenn der Testator des Schreibens unkundig ist. Der octavus subscriptor ist unzweifelhaft Gehülfe des Testators, da er Nichts Anderes zu thun hat, als für diesen eine Erklärung auf das Testament zu schreiben. Ebensowenig darf darauf Gewicht gelegt werden, daß die Obrigkeit, soweit es die Form der Vornahme ihrer Handlungen betrifft, nicht den Wünschen der Parteien folgen darf, sondern sich ausschließlich nach den gesetzlichen Vorschriften richten muß. Kommt das doch auch in andern Verhältnissen vor, daß der Gehülfe eines Schuldners in einem Dienstverhältniß zu einer andern Person steht, nach deren Anordnungen er dem Schuldner Dienste leisten muß, ohne daß er darum aufhört dessen Gehülfe zu sein. Es ist das durchaus Nichts Ungewöhnliches, daß z. B. der Fuhrmann, welchen Jemand

---

[19]) S. Ihering a. a. O. S. 286.

zum Transport eines Gegenstandes angenommen hat, die Beförderung vornimmt nach den Anordnungen seines Dienstherrn. Denken wir nur an die Eisenbahnen, welche Jeden, der ihre Dienste zur Beförderung in Anspruch nimmt, zwingen, sich nach den Betriebsreglements zu richten, ohne irgend eine Einwirkung den Reisenden oder Absendern zu gestatten.

Was von der obrigkeitlichen Mitwirkung bei Rechtsgeschäften gilt, kann auch auf die notarielle angewandt werden, die nur dazu bestimmt ist, jene zu ersetzen. Die Funktionen des Notars sind dieselben, wie die der Obrigkeit in den Fällen, wo er zugezogen werden kann, nur sind meist gewisse Funktionen, z. B. die causae cognitio, der ausschließlichen Competenz der Obrigkeit vorbehalten.

§ 3.

Der Substitut.

Von dem Gehülfen eines Schuldners ist der Substitut zu unterscheiden, welcher in Obligationsverhältnissen ausnahmsweise vom Schuldner ernannt werden darf.

Unter den Obligationen auf eine Arbeit im eigentlichen Sinne, auf Vornahme einer geistigen oder körperlichen Thätigkeit, zeichnen sich eine Anzahl dadurch aus, daß sie ein gesteigertes Vertrauensverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner voraussetzen, indem die wirkliche Erfüllung der Verpflichtung, nicht wie bei den meisten Obligationen, von dem Vermögen des Schuldners, sondern von seiner Persönlichkeit, seiner Zuverlässigkeit und Rechtschaffenheit abhängt. Sie sind mehr auf den Credit gebaut, den Jemand kraft seiner individuellen Eigenschaften genießt, als auf den, welchen er durch seine Zahlungsfähigkeit hat. Es sind lauter Obligationen, welche nicht schon durch eine einzige Handlung aufgehoben werden, sondern welche eine fortgesetzte, zusammenhängende Thätigkeit des Schuldners nothwendig machen. Die Thätigkeit hat ferner zum Gegenstande das Vermögen des Gläubigers, über welches dem Schuldner eine größere oder geringere Disposition eingeräumt wird,

sodaß der Gläubiger in eine Art von Abhängigkeit vom Schuldner geräth. Solche Obligationen sind die des Depositars, dessen Händen unmittelbar ein meistens kostbarer Gegenstand, an dessen Erhaltung dem Deponenten Vieles gelegen ist, übergeben wird, ohne weitere Garantie gegen Unterschlagung, als die, welche der persönliche Charakter desselben gewährt, die Verpflichtungen des Vormunds, Curators, Mandatars, Institors, des magister navis u. A., welche nicht immer direkte Vermögensgegenstände des Gläubigers in Händen haben, aber doch in der Lage sind, jederzeit durch ihre Handlungen seinem Vermögen die schwersten Verlüste zuzufügen.

Alle diese Obligationen haben aus den angegebenen Gründen einen höchst persönlichen Charakter, d. h. die Leistung muß unmittelbar durch den Schuldner, dem der Creditor einmal sein Vertrauen geschenkt hat, ausgeführt werden, es darf die Thätigkeit, welche ihm obliegt, nicht durch Andere statt seiner vorgenommen werden. Gerade der letztere Umstand muß aber für die Gläubiger selbst die nachtheiligsten Folgen äußern, wenn der Schuldner persönlich verhindert ist das Versprochene zu thun, da er dann Gefahr läuft, die beabsichtigte Arbeit gar nicht vorgenommen zu sehn und also ganz um die Leistung gebracht zu werden. Eben deshalb mußte sich, zumal wenn die vorzunehmende Arbeit eine solche war, welche im Verkehr häufig vorkommt, für die mithin leicht zum Ersatz des Schuldners qualificirten Subjekte aufzufinden, der Gedanke aufdrängen, was bei Obligationen auf Sachleistungen immer zuläßig ist, im Interesse des Gläubigers selber, die schuldige Leistung durch Andere als den Schuldner, gleichsam durch Ersatzmänner beschaffen zu lassen. Dies führte zur Substitution; es tritt statt des Schuldners ein Anderer in die Obligation ein, um das zu thun, wozu jener sich verpflichtet hatte. Bald in Folge der Anordnung seitens einer Obrigkeit, wenn diese ursprünglich den Schuldner bestellt hatte, z. B. beim tutor und curator, bald in Folge einer vom Schuldner ausgehenden Disposition.

Der letztere Fall ist allein für unsere Frage von Interesse.

Substituere heißt Jemand an den Platz eines Andern stellen [20]). Damit Jemand an den Platz eines Andern treten könne, ist natürlich nothwendig, daß der letztere vorher denselben geräumt habe, mag er es nun freiwillig gethan haben oder durch Umstände, die außer seiner Gewalt liegen, dazu gezwungen sein. So oft also für einen Schuldner Jemand substituirt wird, scheidet Jener, falls er nicht schon vorher beseitigt war, in dem Umfange als die Substitution vorgenommen wird, aus dem Obligationsnexus aus, er hört auf Schuldner zu sein für die Zukunft, und nur die in der Vergangenheit begründeten Rechte und Verbindlichkeiten dauern in seiner Person fort. Die Substitution braucht sich nicht nothwendig über das ganze Verhältniß zu erstrecken, wie wenn an die Stelle eines unfähigen tutor ein anderer bestellt wird; sehr häufig wird nur substituirt für ein einzelnes Geschäft, eine einzelne Handlung. An die Stelle des Ausgeschiedenen tritt nunmehr für die Zukunft der Substitut, der von jetzt an Subjekt der Obligation, Schuldner wird, wie wenn sie ursprünglich mit ihm eingegangen wäre, sei es mit demselben Umfang der Berechtigung oder mit veränderter, und der daher auch in direkte Beziehungen zum Gläubiger tritt. Dies wird, so oft die Obligation nicht auf Contrakt mit dem Gläubiger, sondern auf obrigkeitlicher Bestellung beruhte, durch einen Akt der Obrigkeit bewirkt, mittelst welcher sie den Substituten an den Platz des bisherigen Schuldners setzt; falls aber die Obligation durch Vertrag mit dem Gläubiger begründet war, wo die Substitution vom Schuldner selber ausgeht, handelt dieser, indem er substituirt, als Stellvertreter des Gläubigers; er schließt mit dem Substituten einen neuen Vertrag für den Gläubiger ab, durch welchen jener sich diesem verpflichtet. Nach älterm Römischen Recht wurde nun durch Verträge, die von Stellvertretern abgeschlossen waren, nur dieser direkt be-

---

[20]) Brissonius s. v. Substituere.

rechtigt, der Principal erwarb bloß eine utilis actio; daher konnte auch der Contrakt des Schuldners mit dem Substituten keine höhere Wirkung äußern. So die Coll. X, c. 7 § 8.

Si quis rem penes se depositam apud alium deposuerit, tam ipse directam, quam is, qui apud eum deposuit, utilem actionem depositi habere possunt.

Nach heutigem Recht, wo durch Stellvertreter der Principal direkt Rechte und Verpflichtungen begründen kann, würde unbedenklich dem Deponenten eine direkte depositi actio gegen den Afterdepositar zugestanden werden müssen, während der substituirende Schuldner gar keine Klage mehr hätte.

Ebenso wird der von einem Institor Substituirte für die Geschäfte, für welche er bestellt worden, Institor des Principals, so daß seine Handlungen für ihn dieselben Folgen haben, wie die des von ihm ernannten Institors. Daher wird durch die Handlungen des Substituten, welchen ein institor bestellt hat, der Principal ebenso berechtigt und verpflichtet, wie durch die Verträge des institor selber. l. 1 § 5 D. de exerc. act. 14, 1. Das Gleiche tritt ein bei den Substituten eines magister navis, Mandatars u. s. w.

Der Substitut ist, wie aus dem Vorstehenden hervorgeht, ein Ersatzmann des Schuldners, welcher aber nicht im Namen und Auftrage des Schuldners verfährt, an dessen Stelle er substituirt ist, der nicht eine fremde Verpflichtung gegen den Gläubiger erfüllt, sondern eine eigne. Wenn ein Schuldner selber sich einen Andern substituirt, ist der Substitut nicht in dem Sinne Stellvertreter des Schuldners, daß er aus dessen Person heraus Rechtswirkungen hervorbrächte, sondern daß er in der Obligation steht, wie wenn zwischen ihm und dem Gläubiger ein verpflichtendes Ereigniß stattgefunden hätte [21]. Von dem Gehülfen ist der Substitut inso-

[21]) Der Unterschied zwischen einem gewöhnlichen Stellvertreter und einem Substituten würde sich in dem Akt der Ernennung etwa folgendermaßen ausprägen. Zu dem Stellvertreter würde der Schuldner sagen: Schließen Sie für mich den Contrakt ab, den abzuschließen ich dem H

fern unterschieden, daß er nicht für einen Andern, welcher eigentlich der Handelnde ist, thätig wird, und daß er direkt an der Obligation Antheil gewinnt. Das Eigenthümliche der Substitution, die von einem Schuldner vorgenommen werden darf, besteht darin, daß der Debitor sich durch einen einseitigen Akt ganz oder theilweise seiner Verbindlichkeiten entledigen kann, und daß er dem Gläubiger die Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen durch einen Andern aufzunöthigen befugt ist. Ebendeshalb ist die Substitution, namentlich die von einem Schuldner ausgehende, für eine Singularität zu halten, welche streng auf die Fälle zu beschränken ist, in welchen sie in den Quellen sich angegeben findet.

Es bleibt noch übrig zu betrachten, welche Verantwortlichkeit dem Schuldner obliegt für den Substituten, welchen er dem Gläubiger aufgenöthigt hat, im Falle derselbe seiner Aufgabe sich nicht gewachsen gezeigt und böswillig oder nachlässig verfahren hat. Zunächst wird darauf gesehen werden müssen, ob der Debitor die Befugniß zur Substitution hatte; stand sie ihm überhaupt nicht zu oder war sie ihm im konkreten Falle durch ausdrückliches Verbot entzogen, so beging er, wie im Paragraphen 5 und 6 gezeigt werden wird, durch die Vornahme der Substitution eine widerrechtliche Handlung, deren nachtheilige Folgen er alle büßen muß. Im entgegengesetzten Falle, wenn dem Debitor ein jus substituendi zustand, muß unterschieden werden zwischen dem Schaden, welcher dem Gläubiger durch die Substitution erwächst und dem, welcher ihm durch den Substituten zugefügt wird. Mit andern Worten, der Substituent braucht nur für eigne Verschulden einzustehn, nicht für die des Substituten.

1) Jeder Schuldner aus Contrakten ist seinem Gläubiger verbunden, Sorgfalt und Fleiß und Aufmerksamkeit bei Erfüllung seiner Verpflichtungen zu bethätigen, welche in ver-

---

verpflichtet bin; zu dem Substituten: Schließen Sie für den H den Vertrag ab, den ich Auftrag erhalten habe, für ihn zu Stande zu bringen.

schiedenen Graden normirt sind und auf verschiedene Art geäußert werden je nach der Natur der Verpflichtungen. Sind dem Schuldner, z. B. dem Depositor Sachen anvertraut, welche er in specie restituiren soll, so muß er seine Sorgfalt dahin richten, daß die Restitution der Sache im unversehrten Zustande erfolgen könne. Besteht die Verpflichtung darin, für einen Andern Geschäfte zu besorgen, wie z. B. die des magister navis, Institors, Mandatars u. s. w., so hat er allen Fleiß aufzuwenden, daß die Geschäfte gut und ordentlich, dem Interesse des Principals gemäß ausgeführt werden. So wie der Depositar, welcher das Depositum unverschlossen, Jedem zugänglich, liegen läßt, kulpos handelt, so auch der, welcher das ihm anvertraute Gut bei einem Substituten deponirt, der voraussichtlich mit demselben nachlässig umgehen wird. Nicht minder begeht der institor eine Fahrlässigkeit, der einen als unfähig bekannten, liederlichen Menschen sich substituirt. Es kann durch die Wahl des Substituten eine zum Schadensersatz verpflichtende culpa begangen werden, aber es lassen sich auch Fälle denken, wo die Substitution an sich eine solche culpa enthielt. Wie z. B. wenn der institor sie unter Umständen vornahm, wo er sie hätte unterlassen, wo er hätte selber handeln müssen, wenn das Geschäft der Art verwickelt war, daß nur der, welcher von Anfang an dasselbe verfolgt hatte, im Stande war, dasselbe zu übersehen, sodaß selbst ein an sich tüchtiger Substitut nothwendig Fehler machen mußte?

Ob der substituirende Schuldner durch die Substitution seinem Gläubiger verantwortlich wird, das hängt davon ab, ob er die Verbindlichkeit zur Sorgfalt durch dieselbe verletzt hat. Die strafbare Nachlässigkeit kann in der Wahl des Substituten, sie kann auch in dem Akt der Substitution liegen. Es entscheidet die Obligation des Schuldners. So auch das Preußische Landrecht II, tit. 8, § 1469—71.

2) Kann dem Substituenten aus der Substitution als solcher oder dieses Substituten kein Vorwurf gemacht werden, so ist er hinterher für den Substituten nicht mehr einzustehn

verbunden. Denn da er aus dem obligatorischen Verbande ausscheidet, so giebt es keinen Rechtsgrund, aus welchem er verpflichtet werden könnte. Was der Substitut sündigt, das geht auf seine eigne Rechnung, weil er selbstständig Schuldner geworden ist. Der Gläubiger muß sich deswegen ausschließlich an ihn halten. Und es kommt jetzt bloß darauf an, ob der Substitut seine Verpflichtungen verletzt hat. Die Klagen aber, welche der Substituent dadurch erwirbt, daß er aus der Substitution allein direkt berechtigt worden ist, muß er dem Gläubiger cediren, weil er sie als sein Stellvertreter erworben hat. Mit der geschehenen Cession sind jedoch auch seine Verbindlichkeiten erschöpft, er braucht namentlich nicht einzustehn, daß die Klaganstellung von Erfolg sein werde. So nach l. 16 D. depos. 16, 3.

Si is, apud quem tu deposueris, apud alium eum deponat, et ille dolo quid admiserit, ob dolum ejus, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri, apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet.

§ 4.

Verantwortlichkeit für die Gehülfen.

Sobald der Gehülfe seine Dienstleistung in vollkommener Weise verrichtet, das ihm übertragene Geschäft seinen Instructionen entsprechend ausgeführt hat, ist der Erfolg, daß die Wirkung für den Principal, welche beabsichtigt war, eintritt [22]). Durch den juristischen Gehülfen ist das Rechts-

[22]) Um den gewünschten Erfolg — den Eintritt des Ereignisses, von welchem die Rechtswirkungen für den Geschäftsherrn ausgehen — herbeizuführen, bedarf es natürlich auf Seiten des Gehülfen solcher Eigenschaften, durch welche das Zustandekommen der Ereignisse verbürgt wird. Hier ist der Punkt, wo der juristische vom faktischen Gehülfen sich scheidet. Das Gesetz knüpft die wirksame Vornahme von Handlungen mit rechtlicher Bedeutung an gewisse Bedingungen verschiedenerlei Art, theils objektive theils subjektive, indem es bald die Handlung in bestimmter vorgeschriebener Form verlangt, bald in den handelnden Personen gewisse Voraussetzungen macht. Das Vorhandensein derselben befähigt die Handlung in ihrer vollen rechtlichen Wirkung auszuführen, ihr Mangel hat

geschäft abgeschlossen, welches durch ihn eingegangen werden sollte, durch den faktischen, die Erklärung mitgetheilt, oder die Handlung vollzogen, welche ihm aufgetragen war. Der Erfolg der Thätigkeit des ersteren ist die rechtliche That, das Rechtsgeschäft, des andern, die faktische That, der Eintritt einer Thatsache, die bloß durch Verbindung mit andern Momenten rechtliche Bedeutung erhält.

Wie nun aber, wenn durch Schuld des Gehülfen, seine Unfähigkeit oder seinen bösen Willen, bewirkt worden ist, daß der intendirte Erfolg entweder ganz ausgeblieben oder nur in

---

entweder die Folge, daß die Handlung ganz unmöglich wird oder doch nur mit geminderter Wirkung vorgenommen werden kann. Da die Mitwirkung der juristischen Gehülfen sich auf rechtliche Dinge erstreckt, so muß der Gehülfe die vom Gesetz geforderte rechtliche Befähigung besitzen. Es ist nicht nur nothwendig, daß er überall geeignet sei Handlungen von rechtlicher Bedeutung vorzunehmen, sondern er muß gerade im Stande sein, die Handlung, auf die es im gegebenen Falle ankommt, in der beabsichtigten Weise zu vollenden. Soll z. B. durch einen Stellvertreter für einen Andern ein Contrakt abgeschlossen werden, so ist nothwendig, daß er nicht unfähig sei, Verträge einzugehn, nicht infans, nicht furiosus; kommt bei dem Abschluß eines Geschäfts Etwas auf Wissen oder Nichtwissen, auf bona oder mala fides an, so müssen diese Momente sich in der Person des Stellvertreters finden bezw. nicht finden. (Ihering l. c. Bd. I, H. 2, S. 289 ff.)

Das Alles ist natürlich und versteht sich durchaus von selbst und gilt daher gleicherweise für den faktischen Gehülfen. Auch durch diesen kann die aufgetragene Arbeit den gehegten Erwartungen gerecht nur dann hergestellt werden, wenn er sich im Besitz der erforderlichen Anstelligkeit und Geschicklichkeit befand. Ein schlechter Bote wird leicht die Mittheilung verkehrt ausrichten, ein untauglicher Geselle die ihm anvertrauten Gegenstände verderben. Weil jedoch die Thätigkeit der faktischen Gehülfen sich auf Dinge bezieht, die rein faktischer Natur sind, außerhalb der rechtlichen Betrachtung liegen, so kümmert sich das Gesetz nicht um sie. Es überläßt vielmehr den Einzelnen, darauf zu sehn, ob der von ihnen verwandte Gehülfe auch verwendbar sei, und giebt ihnen frei, durch Privatabkommen sich das Vorhandensein derselben zu sichern oder sich gegen ihre Abwesenheit zu schützen. Die faktischen Gehülfen haben gesetzlich gar keine Eigenschaften. Ob ein Bote blödsinnig sei oder nicht, ob er sich in bona oder mala fide befinde, ist durchaus gleichgüttig. Cujac. ad Afric. De nuntio non est, quod quaeramus: nullus enim casus existere potest quo scientiam vel ignorantiam ejus spectari conveniat.

mangelhafter Beschaffenheit eingetreten ist. Daß der Gehülfe, soweit die Schuld davon an ihm liegt, seinem Geschäftsprincipal verantwortlich ist, in Gemäßheit des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses, kann als unbestritten gelten. Ob aber noch weitere Folgen daran geknüpft sind, hängt von folgender Unterscheidung ab.

Beschränkte sich die Dienstleistung des Gehülfen auf solche Geschäfte, durch welche ausschließlich für den Principal Rechte erworben oder Zustände begründet wurden, wie z. B. Okkupation einer Sache durch einen Dienstknecht, Specifikation durch die Arbeiter in einer Fabrik, so ist, da in dem Geschäft nur Principal und Gehülfe einander begegnen, ein Rechtsverhältniß allein zwischen ihnen denkbar. Ob der durch Schuld des Gehülfen zugefügte Schaden ersetzt werden müsse, ist gleichbedeutend mit der andern Frage, ob der Geschäftsherr von ihm Schadensersatz zu fordern befugt sei.

Sobald aber durch die Thätigkeit des Gehülfen eine Beziehung zwischen dessen Principal und einer andern Person vermittelt werden sollte, durch Anknüpfung eines Rechtsververhältnisses zwischen ihnen oder Modifikation oder Auflösung eines bestehenden, mit andern Worten, sobald der Gehülfe verwandt wurde zur Eingehung oder Zahlung einer Obligation, dann drängt sich noch die Frage auf, inwiefern durch die Schuld des Gehülfen noch für eine andere in der Obligation stehende Person Rechtsansprüche begründet werden.

Diese Frage läßt sich wieder in mehrere auflösen.

Zunächst ist der Punkt zu erledigen, ob der Dritte eine Klage gegen den Gehülfen erwerbe. Die Klage aus dem Rechtsgeschäft oder aus dem Rechtsakt, an dessen Zustandekommen der Gehülfe in der einen oder andern Weise mitgewirkt hat, kann nach dem, was im § 1 ausgeführt wurde, gegen den Gehülfen nicht angestellt werden. Denn dem Rechtsgeschäft bleibt er insofern völlig fremd, als rechtliche Wirkungen aus seinen Handlungen für ihn nicht hervorgehen [23]).

[23]) Ihering l. c. Bd. I, H. 2, S. 279 und oben Anm. 17.

Ausnahmsweise kann jedoch eine Klage gegen den Gehülfen begründet sein entweder durch Delikt, indem in der Handlung desselben eine strafbare Verletzung, z. B. eine Aquilische culpa, ein furtum, enthalten war, oder durch Vertrag, indem der Gehülfe sich selbstständig jenem obligirte, wie z. B. wenn er die Güte seiner Arbeit besonders dem Besteller, welcher nicht zugleich sein Geschäftsherr war, garantirte. In beiden Fällen aber hat die Verpflichtung des Gehülfen Nichts mit seiner Stellung als Gehülfe zu schaffen, sondern besteht ganz unabhängig von dieser. Sie giebt nur die Veranlassung, daß jene begründet wurde.

Wird auch regelmäßig jede unmittelbare Verpflichtung des Gehülfen gegen den andern Contrahenten in Abrede gestellt werden müssen, so ist letzterer darum doch keineswegs schutzlos, wenn jener sich Etwas zu Schulden kommen ließ. Es besteht nur keine direkte Beziehung, sondern eine indirekte durch den Principal des Gehülfen vermittelte. Dieser wird allein durch ein Rechtsverhältniß mit dem Dritten verbunden und da der Gehülfe für ihn, in seinem Auftrage thätig war, so muß er dafür haften, wenn derselbe nicht so verfuhr, wie er sollte und dadurch Andere in Nachtheil versetzte. Zwei Fälle sind hierbei zu unterscheiden:

1) Es existirte zwischen dem Principal und dem Dritten noch gar kein Rechtsverhältniß, es sollte vielmehr ein solches erst durch das vom Gehülfen gar nicht oder nur mangelhaft ausgeführte Geschäft begründet werden. Hier wird der Dritte für den Schaden, den er durch das Ausbleiben der beabsichtigten Rechtswirkung erlitten, von dem Principal regelmäßig keinen Ersatz fordern können. Denn es giebt keinen Rechtssatz, nach welchem Jemand verpflichtet wäre mit Andern Rechtsgeschäfte abzuschließen und somit für das Unterlassen verantwortlich wäre. Wer Jemanden beauftragt für ihn bei einem Händler einen Gegenstand zu bestellen, kann nicht genöthigt werden, dem Kaufmann die Unkosten zu ersetzen, die er davon hat, daß er eine andere Sache als die bestellte gesandt hat,

die er dann zurücknehmen muß, da der Bote aus Versehen seinen Auftrag falsch ausgerichtet hatte. Mag dem Auftraggeber eine culpa in eligendo zur Last fallen oder mag er wie ein diligens paterfamilias verfahren haben, ein Grund, welcher ihn zum Schadensersatz verpflichtete, existirt nicht; ausgenommen bleibt bloß der Fall eines dolus, da dieser immer verantwortlich macht [24]).

2) Es bedarf immer einer speciellen Verpflichtung, um den Geschäftsherrn für das durch Schuld seiner Gehülfen bewirkte Ausbleiben einer rechtlichen Wirkung verantwortlich zu machen. Nur wenn eine Verbindlichkeit vorherging, aus welcher der Abschluß eines Geschäfts zur Nothwendigkeit wurde, wird eine Verpflichtung zum Schadensersatz begründet, falls die Obligation nicht erfüllt ward. Wie es im ersten Fall sich gleich bleibt, ob durch culpa des Principals oder seines Gehülfen das Zustandekommen des Geschäfts verhindert wurde, so kommt in diesem Nichts darauf an, wer die Schuld trug. Der Gläubiger, welcher Anspruch hatte auf den Abschluß des Geschäfts in obligationsmäßiger Form, ist berechtigt von seinem Debitor Schadloshaltung zu fordern, sobald seiner begründeten Forderung nicht entsprochen wird.

Die Verantwortlichkeit Jemandes für seine Gehülfen Dritten gegenüber setzt mithin immer eine zwischen jenem und diesem bestehende Obligation voraus. In derselben ist zugleich der Maßstab enthalten, nach welchem die Verantwortlichkeit bemessen wird. Da verantwortlich sein für den Gehülfen nur heißt, den durch ihn verursachten Schaden ersetzen müssen, so haben wir bloß darauf zu sehn, worauf die ursprüngliche Verbindlichkeit ging. Denn von der rechtlichen Beschaffenheit dieser hängt es ab, ob und wann und welcher Schade ersetzt werden müsse. Es kommt mithin lediglich darauf an, welche Leistung ursprünglich geschuldet wurde.

[24]) Eine andere Ansicht über diesen Punkt hat Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. IV, H. 1 aufgestellt, mit welcher wir aber nicht übereinzustimmen vermögen.

Nach der Verschiedenheit der Leistung unterscheiden wir zunächst die positiven auf ein facere im w. S. gerichteten, durch welche der Schuldner zu einer positiven Thätigkeit verpflichtet wird, und die negativen, auf ein non facere, ein Unterlassen gehenden. Die letzteren kommen für den Gegenstand der gegenwärtigen Abhandlung nicht weiter in Betracht, da man beim Nichtsthun natürlich nicht durch Gehülfen unterstützt werden kann. Die ersteren zerfallen wiederum

1) in die Obligationen auf eine Sachleistung, einen Begriff, in dessen Bestimmung wir Mommsen folgen[25]),
2) und in die Obligationen, welche den Schuldner zu einem Thun verpflichten.

Darnach ergiebt sich die Eintheilung unseres Stoffs von selbst; wir werden zunächst die Obligationen auf Sachleistungen und dann die auf ein Thun betrachten.

Zum Schluß werden dann die Obligationsverhältnisse einer abgesonderten Behandlung unterzogen werden, für welche das Römische Recht eigenthümliche Grundsätze aufgestellt hat.

Ehe wir aber diese Untersuchung beginnen, müssen wir zuvor gewissermaßen eine Vorfrage erledigen; wenn wir nämlich zu bestimmen suchen, in welchem Umfange ein Schuldner für die Gehülfen, deren er sich bedient hat zur Erfüllung seiner Obligation, verantwortlich sei, so gehen wir von der Voraussetzung aus, daß die Zuziehung von Gehülfen eine erlaubte, zulässige gewesen. Es giebt nun jedoch Fälle, in welchen ihm dieselbe untersagt ist. In einem solchen Falle können wir nicht die Verbindlichkeit, zu deren Zahlung der Gehülfe verwandt ward, zum Maßstabe nehmen, um zu bestimmen, in welchem Umfange er für ihr Verschulden Schadens-

---

[25]) Beiträge zum Obligationenrecht Bd. I, § 2, Anm. 1. Den Ausdruck: Sachleistung verstehen wir hier in seiner weiteren Bedeutung; er umfaßt also neben den Leistungen auf ein eigentliches dare, auch die sonstigen Leistungen, welche den Zweck haben, daß der Gläubiger die versprochene Sache behalte, sowie die auf ein bloßes restituere und auf Ueberlassung einer Sache zur Benutzung gerichteten Leistungen.

ersatz leisten müsse, weil durch Gesetz oder Privatberedung eine andere Grundlage hinsichtlich der Verantwortlichkeit aufgestellt ist. Das ist die Obligation, durch welche der Schuldner verpflichtet worden war, selbst in eigner Person, ohne fremde Mitwirkung eine geschuldete Leistung vorzunehmen.

Zweites Capitel.

Verwendung von Gehülfen gegen Verbot.

§ 5.

Das Verbot und seine Folgen.

Der Frage nach der Haftung eines Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung seiner Obligation geht die andere vorher, wann die Verwendung von Gehülfen erlaubt, wann untersagt sei. Man kann diese Frage nicht aus dem Princip der Nothwendigkeit oder Freiwilligkeit der Verwendung beantworten, aus dem Grunde, weil keinem Schuldner die Benutzung derjenigen Umstände, durch welche ihm die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten erleichtert wird, ohne Weiteres zum Vorwurf gereichen darf.

Geht man von dem natürlichen Verhältnisse aus, wie es aus der Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner besteht, so wird man finden, daß sich zwei einander bekämpfende Interessen gegenüberstehen, das des Schuldners, möglichst wenig in seiner Freiheit durch seine Verpflichtung eingeschränkt zu werden, das des Gläubigers, die Leistung des Schuldners unverkümmert zu erhalten. Beide Interessen sind wohl berechtigt, aber nicht gleich; das des Debitors muß dem des Creditors weichen. Daß dieser volle Befriedigung seiner Forderung erhalte, ist das Erste und Wichtigste; insoweit dieses Interesse in Frage kommt, versteht es sich von selbst, daß der Schuldner sich jede Beschränkung seiner Freiheit gefallen lassen muß;

darüber hinaus jedoch braucht er Nichts von dieser mehr zu opfern.

Das Interesse des Gläubigers in der Obligation, da alle Verbindlichkeiten einen gewissen Vermögenswerth repräsentiren, besteht darin, daß er diesen Vermögenswerth ungeschmälert, in seinem vollen Betrage empfange. Darauf, daß der Schuldner ihm denselben verschaffe, hat er unzweifelhaft gerechten Anspruch. Das entgegengesetzte Interesse des Schuldners geht dahin, daß er sich bei der Erfüllung so frei bewege als möglich und namentlich sich aller erlaubten Hülfsmittel bediene, welche ihm zu Gebote stehen. Soweit die Befriedigung des Gläubigers, die Erlangung des ihm geschuldeten Vermögenswerths nicht darunter leidet, kann ihm das Recht nicht zugestanden werden, Einsage zu thun gegen die Art und Weise, wie der Schuldner erfüllt, und also auch nicht gegen den Gebrauch von Gehülfen.

Es entspricht dies auch am besten dem Begriff der Obligationen als Vermögensrechte. Ein Vermögenswerth muß eine gewisse Objektivität haben, d. h. seinen Werth aus seinen ihm innewohnenden Eigenschaften entnehmen, der unberührt bleibt von dem Wechsel des Besitzers. Handlungen einer Person daher, welche als Vermögenswerthe fungiren sollen, müssen so geartet sein, daß die Individualität des Handelnden im Großen und Ganzen auf ihren Werth keinen Einfluß üben kann; sie eignen sich nur dann zum Inhalt einer Verpflichtung, wenn sie gewissermaßen eine sachliche Natur, ihren Werth in sich selber haben, unabhängig von den subjektiven Eigenschaften der handelnden Person, l. 13 C. de contr. stip. 8, 38:

> quare, quum paene similis omnium hominum natura est, non enim facta omnes vel plus vel paulo minus adimplere possint.

Daher erfanden die Römer für Obligationen auf eigentlich künstlerische und wissenschaftliche Arbeiten eine außerordentliche Behandlung.

Hieraus wird der Schluß gerechtfertigt sein, daß der Gläu-

biger, sobald er die schuldige Leistung in ihrem vollen Werthbetrage erhält, keine Forderungen erheben darf in Betreff der Art der Erfüllung; für den Schuldner folgt, daß er es, wenn er nur voll befriedigt, in seiner Hand hat, in welcher Weise, mit welchen Mitteln er die Befriedigung verschaffen will. Ob er in eigner Person oder mittelst Gehülfen erfülle, erlangt nur dann Bedeutung, wenn durch diesen Umstand der Werth der schuldnerischen Leistung wesentlich umgeändert wird. Daraus würde hervorgehen:

1) daß in allen den Handlungen, welche für die Erfüllung nothwendig, aber für den Werth der schuldnerischen Leistung gleichgültig sind, indem sie denselben weder erhöhen noch herabsetzen, der Schuldner sich immer durch Gehülfen vertreten lassen darf, selbst wo sonst die Verwendung von Gehülfen ausgeschlossen sein sollte. Denn von wem diese Handlungen vorgenommen werden, daran hat der Gläubiger gar kein Interesse; es kommt ihm nur darauf an, daß sie geschehen, wie z. B. das Wiegen, Messen, Abholen, Hinbringen einer Sache, das Abschreiben einer Urkunde u. s. w.

2) für die übrigen Handlungen, welche bestimmend sind für den Werth der Leistung, wird unterschieden werden müssen, ob der Werth der Handlung davon abhängig ist, daß der Schuldner in eigner Person oder ein Anderer statt seiner sie vornehme. Leidet ihr Werth nicht darunter, daß sich der Schuldner bei ihrer Vornahme vertreten lasse, so wird nicht gefordert werden können, daß er in eigner Person thätig werde. Es steht dann in seinem Belieben, ob er das Eine oder das Andere vorzieht. In der Anwendung auf die Obligationen würde nach deren Natur Folgendes festzustellen sein:

a. Bei den Obligationen auf Sachleistungen bildet das eigentliche Objekt der Verpflichtung eine Sache; die Thätigkeit, welche der Schuldner aufwenden muß, erscheint bloß als Mittel, eine Sache zu verschaffen. Da nun eine Sache ihre Bedeutung als Vermögensbestandtheil hat wegen der ihr anklebenden Eigenschaften, so läßt sich als Regel behaupten, daß

die Verwendung von Gehülfen hinsichtlich der Verpflichtung eine Sache zu liefern dem Debitor in unbeschränktem Maße gestattet ist. Und es sagt daher die l. cun § 9 C. de caduc. toll. 6, 51: sancimus, si quidem conditio vel aliud gravamen in dando sit constitutum, hoc omnimodo lucrantes pro modo lucri agnoscere.

b. Dasselbe läßt sich im Allgemeinen auch für die Obligationen auf ein opus sagen. Obwohl auf den Werth des opus die Individualität des Arbeiters, seine Geschicklichkeit, Kenntnisse großen Einfluß haben, so werden doch die möglicherweise daraus hervorgehenden Differenzen im Werthe wieder ausgeglichen dadurch, daß das opus im approbationsfähigen Zustande zu leisten ist und die Approbation dem Gläubiger zusteht. Bei den Opusobligationen, mag das opus in Verbindung mit einer Sachleistung wie in der Obligation auf Lieferung einer anzufertigenden Sache, oder als ausschließlicher Gegenstand der Schuld vorkommen, muß es sogar als wesentlich gelten, daß der Unternehmer die Arbeit leite, und nach seinem Ermessen mit welchen Mitteln er will, ausführe. Soll seine persönliche Thätigkeit ausschließlich gefordert werden können, so muß dies speciell ausgemacht sein. l. 38 § 21 D. de V. O. 45, 1; l. 31 D. de solut. 46, 3.

c. Wo, wie bei den Obligationen auf Arbeiten, die Handlungen des Schuldners unmittelbarer Gegenstand der Verpflichtung sind, kommt die Individualität des Schuldners allerdings in höherem Grade zu Bedeutung. Hier sind daher zum Theil andere Principien maßgebend.

1) Die Verwendung von Gehülfen ist dem Debitor nicht gestattet, so oft die Obligation auf ein besonders persönliches Verhältniß zwischen ihm und dem Gläubiger basirt ist. Ein solches kann begründet werden dadurch, daß persönliche Dienste vom Schuldner zu leisten sind, z. B. die Arbeiten der Dienstboten, die operae officiales der Freigelassenen; diese darf der Gläubiger immer in eigner Person geleistet verlangen und wider seinen Willen kann der Schuldner nicht durch Andere

erfüllen. Auch wo die Obligation ein ganz besonderes Vertrauen zwischen den Contrahenten voraussetzt, wie die Römische Societät, die Vormundschaft, die Obligation des arbiter aus dem receptum, ist die Vertretung durch Gehülfen ausgeschlossen. Dagegen

2) so oft der Schuldner seine Verpflichtung unentgeltlich übernommen hat, wie der Mandatar, der negotiorum gestor, wird das Verhältniß zu seinen Gunsten auszulegen und die möglichste Freiheit in der Ausführung seiner Verbindlichkeit anzunehmen sein;

3) wenn er nicht freiwillig in das Schuldverhältniß eingetreten ist, sondern durch einen außer seinem Willen liegenden Umstand dazu genöthigt wurde, wie der Miterbe durch die Erbschaftsantretung in die Vermögensgemeinschaft, wird man eine nicht persönliche Erfüllung fordern können, da es der Schuldner nicht in seiner Gewalt hatte, die Verpflichtung von sich abzulehnen;

4) muß dem Verkehr in doppelter Hinsicht Einfluß verstattet werden, einmal, daß überall, wo im Verkehr bei der Erfüllung von Obligationen die Zuziehung von Hülfspersonen für gewisse Verrichtungen üblich oder gar gesetzlich vorgeschrieben ist (z. B. müssen an manchen Orten alle Waaren, wenn es sich fragt, ob sie empfangbar gewesen oder nicht, von öffentlichen Beamten untersucht werden) dem Schuldner dieselbe zusteht und sodann, daß die Schuldner, welche ein Geschäft mit Gehülfen betreiben, alle Obligationen, welche in ihr Geschäftsgebiet fallen, auch durch ihre angestellten Gehülfen erfüllen dürfen. Im Zweifel ist immer anzunehmen, daß die Contrahenten von dem, was im Verkehr gilt, nicht haben abweichen wollen.

Diese allgemeinen Grundsätze sind nun der Abänderung fähig; die Autonomie der Privaten kann bewirken, daß Leistungen, welche an sich keine persönliche Natur haben, dieselbe im konkreten Falle empfangen oder daß das Entgegengesetzte

erfolgt. Eine direkte Ausschließung von Gehülfen liegt darin, daß auf persönliche Erfüllung durch den Schuldner kontrahirt worden ist, wie z. B. im Fall der l. 31 D. de solut. 46, 3, wenn bei der Opusverdingung specialiter hoc actum est, ut suis operis id perficiat (conductor). Häufiger wird eine indirekte Ausschließung vorkommen, indem die Natur der Leistung in einer konkreten Obligation eine solche ist, daß die Erfüllung durch einen Andern als den Schuldner ihren Werth oder ihren Charakter wesentlich verändern würde. Dies ist der Fall, wenn eine wissenschaftliche oder künstlerische Leistung Gegenstand der Schuld ist oder wenn es gerade darauf ankommt, daß der Debitor Etwas thue, z. B. wenn seine persönliche Leistung Bedingung eines Umstandes ist oder wenn ein Vermächtnißnehmer durch die Erfüllung seinen Gehorsam gegen den Willen des Testators zeigen soll. (Mommsen l. c. § 8 Note 23). Hierher dürfte auch zu zählen sein die Verpflichtung zu heirathen aus einem Eheversprechen.

Ging in einem gegebenen Falle die stillschweigende oder ausdrückliche Verabredung unter den Contrahenten, daß vom Schuldner selbsteigen, mit Ausschluß jeglicher andern Person, die schuldige Leistung ausgeführt werden sollte, so ist die Wirkung, daß die dessenungeachtet geschehene Verwendung von Gehülfen den Debitor für allen und jeden durch sie dem Gläubiger zugefügten Schaden verantwortlich macht, mochte derselbe nun durch größere Sorgfalt von seiner oder ihrer Seite verhindert werden können oder nicht. Es wird nur nöthig sein den Beweis für diesen Fall zu führen, die Anwendung auf andere, wo das Verbot der Verwendung Dritter bei Erfüllung begränzter ist, bietet keine Schwierigkeiten. Der Beweis liegt in der Theorie des sogenannten casus mixtus.

Der Lehrsatz über die Haftung des Schuldners im Fall eines casus mixtus lautet, daß, wenn ein Debitor einen obligationswidrigen Gebrauch von einer Sache macht, welcher die Ursache war, daß sie von einem Unfall betroffen wurde, so müsse dem Gläubiger der volle daraus erwachsene Schade

ersetzt werden [26]). Es wird nicht darauf gesehen, ob die Verletzung herbeigeführt wurde durch eine fehlerhafte Verwendung seitens des Schuldners, oder ob durch die mangelhafte Beschaffenheit der Sache, die für den Gebrauch, welcher von ihr gemacht wurde, nicht geeignet war; vielmehr kommt Alles darauf an, daß die widerrechtliche Benutzung die Veranlassung des Schadens gab, daß er ohne dieselbe nicht eingetreten sein würde. Daher wird dem Schuldner der Schade durch reinen Zufall ebenso aufgebürdet, wie der durch seine Nachlässigkeit verursachte [27]). Nichts von alledem, was sonst um eine Schadensersatzpflicht in Obligationsverhältnissen zu begründen vorausgesetzt wird, daß die Verletzung unmittelbar durch das subjektive Verhalten des Schuldners bewirkt worden. Der Grund der Ersatzverbindlichkeit ist vielmehr zu setzen in der objektiven Rechtswidrigkeit seines Benehmens, in der Vertragsverletzung, welche darin liegt, daß er eine ihm anvertraute Sache in einer Weise benutzte, zu welcher er nicht berechtigt war, — quia non debuit, wie der Jurist in der erwähnten l. 11 § 1 sich ausdrückt. Ist diese Rechtswidrigkeit constatirt, so muß der Schuldner alle Folgen tragen, welche aus derselben hervorgehen. Er muß den Schaden ersetzen, zu welchem sie die Ursache gegeben hat und der nicht eingetreten sein würde, wenn sie nicht vorhergegangen wäre, einerlei welche die nächste Veranlassung desselben gewesen.

Offenbar enthält die Theorie des casus mixtus nur die specielle Anwendung eines Satzes von viel allgemeinerer Bedeutung, der etwa so zu fassen wäre: wer widerrechtlich handelt, muß für alle Folgen, welche aus seiner Handlung hervorgehen, haften und daher den Schaden ersetzen, welchen er Anderen durch seine Handlung zugefügt hat. Widerrechtlich ist das Benehmen nicht nur desjenigen, welcher sich im Wider-

---

[26]) Burchardi, Lehrbuch des Röm. Rechts Bd. II, Abth. 1, § 42; Göschen, Vorles. Bd. II, Abth. 2, § 394, u. a.

[27]) l. 5 § 7; l. 18 pr. D. comm. 13, 6; l. 11 § 1 D. loc. 19, 2.

spruch mit dem Gesetz befindet, sondern auch dessen, welcher eine speciell von ihm übernommene Verpflichtung verletzt. Würde dieser Satz auf die vorliegende Frage angewendet, so ergiebt sich, daß der Debitor, welcher gegen eine bestehende Obligation Gehülfen verwendet, für allen daraus für den Gläubiger hervorgehenden Schaden verantwortlich ist. Weder hilft ihm die Behauptung in der Auswahl der Gehülfen mit der größten Sorgfalt verfahren und in der fortwährenden Ueberwachung und Beaufsichtigung Nichts unterlassen zu haben, noch kommt ihm der Einwand zu Statten, daß die Gehülfen selbst mit der größten Vorsicht und mit allem erdenklichen Aufwande von Aufmerksamkeit, Fleiß, Sachkenntniß, Geschicklichkeit u. s. w. zu Werke gegangen seien. Alle seine Gegenbemerkungen schlägt der einfache Grund nieder, quia non debuit. Kann nachgewiesen werden, daß der Schade den Gläubiger nur deshalb traf, weil der Schuldner nicht selbst thätig war, sondern die Erfüllung Gehülfen überließ, so wird selbst auf den Beweis eines reinen unabwendbaren Zufalls keine Rücksicht genommen. Welcher Art die Obligation war, welche ohne fremde Hülfe erfüllt werden sollte, ob sie auf eine Sachleistung oder auf ein Thun ging, kann keinen Unterschied machen, da es lediglich auf das Moment der Rechtswidrigkeit ankommt. So oft also ein Schuldner Gehülfen zur Erfüllung seiner Verpflichtungen zuzog wider Verbot, ist er verpflichtet, jeglichen durch sie veranlaßten Schaden dem Gläubiger zu ersetzen. In diesen Schaden ist aber nicht bloß der einzurechnen, den der Gehülfe bei Ausübung der ihm aufgetragenen Thätigkeit verursacht, sondern auch der, welcher dem Gläubiger dadurch erwächst, daß er den verbotswidrig gesandten Gehülfen zurückweist und daß so die Leistung verzögert oder ganz unmöglich wird. Unzweifelhaft ist der Gläubiger befugt, jeden solchen Gehülfen zurückzuweisen, ohne daß ihm daraus Nachtheil entstehen kann; und selbst aus der wissentlichen Zulassung wird nicht immer ein Verzicht auf die aus dem Verbot entspringenden Rechte gefolgert werden können.

§ 6.

Aussprüche der Quellen.

Wie kein anderer Vertrag ist die rein Römische Societät gebaut auf die Persönlichkeit der Contrahenten. Schon die vollkommene Einigkeit unter den socii auf längere Zeit, welche sich nicht herstellen läßt ohne gegenseitige Opfer und Nachgiebigkeit, setzt eine engere persönliche Verbindung voraus, die nur dort bestehen kann, wo die Charaktere mit einander harmoniren. Das Ziel, einen gemeinsamen Zweck mit gemeinschaftlichen Mitteln zu erreichen, führt es mit sich, daß die socii wechselseitig einander eine gewisse Verfügung über ihr Vermögen, ihre Person und sogar über ihre Ehre überlassen müssen, wozu sich Niemand verstehen wird, wenn nicht einem als zuverlässig und bewährt erkannten. Je andauernder und umfangreicher der Zweck ist, zu welchem sich die socii verbunden haben, je umfassender die Mittel sind, über welche die Societät gebietet, desto mehr tritt diese eigenthümliche Natur hervor, welche der Jurist durch keinen andern Ausdruck zu bezeichnen weiß, als dadurch, societas jus quodammodo fraternitatis in se habet. Das gegenseitige Vertrauen zu ihrer individuellen Persönlichkeit führte die Gesellschafter zusammen. Wer einen socius sich zugesellt, um mit ihm vereinigt einen gewissen Zweck zu erreichen, will sich nicht überhaupt bloß Mittel verschaffen, sondern gerade die, welche ihm die Persönlichkeit des Gesellschafters darbietet. Jeder nimmt beim Abschluß des Societätsvertrages darauf Rücksicht, Jeder macht stillschweigend seinen Consens abhängig von dem Vorhandensein der vorausgesetzten Individualität des Andern.

Diese Richtung auf die Individualität macht sich geltend in der gegenseitigen Haftung der Gesellschafter für Versehen; sie prästiren einander nur diligentia qualem in suis rebus, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet. Sie zeigt sich ferner darin, daß die Societät nicht nur mit dem Tode eines Gesellschafters erlischt, sondern

auch schon mit einer solchen Veränderung in seiner persönlichen Lage, welche wesentlichen Einfluß auf seine individuelle Leistungsfähigkeit hat z. B. durch Verlust des Vermögens. Endlich äußert sie sich in den Verbindlichkeiten, welche die socii einander zu gewähren haben. Doch ist hier zu unterscheiden.

Soweit die Verpflichtung aus dem Societätsvertrage sich auf Sachen beziehen, z. B. auf Zahlung des versprochenen Beitrags in die gemeinschaftliche Kasse, Ablieferung für die Societät empfangener Gegenstände gehen, unterscheidet sie sich in Nichts von andern Obligationen auf Sachleistungen. Daß der Geber und der Empfänger socii, daß die Forderung aus einem Gesellschaftsvertrage entsprungen sei, hat auf sie keinen Einfluß. Und da bei Erfüllung solcher Obligationen regelmäßig Mitwirkung von Gehülfen erlaubt ist, so steht auch Nichts im Wege, sie bei der Verpflichtung aus der Societät zuzulassen. Sobald aber die Verbindlichkeit eines socius auf Dienstleistungen, auf die Vornahme geistiger oder körperlicher Arbeiten gerichtet ist, verhält sich die Sache wesentlich anders. Die Dienste muß der socius in eigner Person leisten, da gerade auf seine persönliche Thätigkeit beim Abschluß des Vertrages gerechnet ist [28]). Nicht durch ausdrückliche Erwähnung in diesem Moment, sondern durch stillschweigendes Einverständniß der Contrahenten ist es Vertragsbestandtheil geworden, daß jeder socius, welcher Dienstleistungen irgend welcher Art versprochen, dieselben in eigner Person leiste, gerade wie wenn bei einem Künstler ein Kunstwerk bestellt wird, als die Intention beider Contrahenten anzunehmen ist, daß es gerade vom Künstler angefertigt werden solle. Die Verpflichtung eines socius auf persönliche Verrichtung der Arbeiten enthält nun nicht bloß die positive Pflicht, sondern sie involvirt zugleich den Ausschluß des Gegentheils; es ist mit der Existenz desselben das Verbot gegeben diese Arbeiten

---

[28]) Hasse, die Lehre von der culpa § 69 S. 327 u. ff.

durch Andere vornehmen zu lassen; der socius selbst soll handeln und thätig werden, nicht Andere für ihn. Letzteres würde den gehegten Erwartungen, dem Inhalt des Vertrags widersprechen [29]).

Daher verletzt ein socius, welcher gegen die Vertragsmeinung ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter die versprochenen Dienstleistungen nicht selber vornimmt, sondern durch Andere ausführen läßt, die Verpflichtung, welche er übernommen hat, und befindet sich in causa illicita. Es reicht das einzige Moment des Handelns gegen den stillschweigenden Inhalt des Contrakts hin, um seine culpa zu begründen. Die Folge davon ist, daß er für allen Schaden, der durch die von ihm einseitig angestellten Hülfspersonen der Societät zugefügt wird, verantwortlich ist, d. h. ihn unter allen Umständen ersetzen muß, ohne sich durch den Einwand, daß er selbst oder seine Gehülfen an dem Eintritt des schadenstiftenden Ereignisses schuldlos gewesen, befreien zu können. Der Beweis dafür ist in l. 23 D. pro socio 17, 2 enthalten.

Diese Stelle behandelt den eben ausgesprochenen Satz in zwei verschiedenen Anwendungen, die wir daher auch trennen müssen. Zunächst die im principium der l. 23 enthaltene.

Das juristische Gewand, in welches die Verwendung von Gehülfen eingekleidet wird, kann sehr mannichfaltig sein. Eine Form ist die, daß der Theilnehmer einer Societät mit einem Dritten eine Gesellschaft eingeht, um mit dessen Hülfe die Verpflichtungen, welche er selber hat gegen die erste Societät, zu erfüllen. Insofern dieser Dritte von einem socius einseitig in Societätsangelegenheiten für den Societätszweck verwendet

---

[29]) Es soll mit dem im Text Ausgeführten durchaus nicht der Satz aufgestellt und vertheidigt werden, daß dem socius bei Vornahme der versprochenen Dienstleistungen jede Verwendung von Gehülfen untersagt wäre. Diese kann ihm ausdrücklich gestattet sein, sie ist auch stillschweigends für erlaubt anzusehn, wenn die Dienste solche sind, bei welchen im Verkehr gewöhnlich Gehülfen benutzt werden, oder bei welchen der socius sie zu benutzen pflegte.

wird, kann man ihn als Gehülfen desselben ansehen. Eine solche feste Verbindung mit dem Dritten hat vor andern das voraus, daß der Dritte, in das Interesse gezogen, bewogen wird der Societätsgeschäfte sich eifriger anzunehmen, als ein Gehülfe, der nur in einem Dienstverhältniß steht. Es kommt nun zur Frage, in welcher Beziehung dieser Dritte zu der Societät stehe, zu welcher er einseitig von einem socius zugelassen worden ist.

Zunächst wird dahin entschieden, daß der Dritte, der socius admissus, nicht in den Verband der ersten Societät durch die einseitig geschehene Zulassung eines socius aufgenommen werden könne, wenn diese auch in der Gestalt eines Societätsvertrages erscheine; daß er vielmehr den übrigen Theilhabern der Societät wie ein völlig Fremder gegenüberstehe. Daraus wird dann der Schluß gezogen, daß, sofern er in Societätsangelegenheiten verwendet worden, weder ihm gegen jene, noch diesen gegen ihn die actio pro socio gegeben werden könne; aller Verkehr zwischen ihm und jenen müsse durch den gemeinschaftlichen socius (s. admittens) vermittelt werden. Dieser müsse gegen ihn pro socio klagen und das Erhaltene dann kommuniciren [30]). Darauf wendet sich der Jurist zu der Untersuchung, inwiefern der gemeinschaftliche socius dem Dritten für Handlungen von Mitgliedern der ersten Societät, und Diesen für Handlungen Jenes verantwortlich sei. Das Resultat derselben muß verschieden ausfallen. Für die erste Frage lautet die Antwort dahin, l. 22 eod.:

---

[30]) l. 19 D. pro socio 17, 2: Qui admittitur socius, ei tantum socius est, qui admisit; et recte, quum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest, quem ego socium esse nolui; quid ergo, si socius meus eum admisit? Ei soli socius est,

l. 20: nam socii mei socius meus socius non est;

l. 21: et quidquid fuerit de societate nostra consecutus, cum illo, qui eum assumsit, communicabit; nos ei cum eo non communicabimus, sed factum ejus praestabitur societati, id est, aget socius et societati praestabit, quod fuerit consecutus.

Ex contrario factum quoque sociorum debet ei praestare, sicuti suum, quia ipse adversus eos habet actionem [31]).

Auf die zweite Frage wird die Antwort in l. 23 pr. cit. gegeben. Es lautet:

De illo Pomponius dubitat, utrum actionem eum mandare sociis sufficiat, ut si facere ille non possit, nihil ultra sociis praestet, an vero indemnes eos praestare debeat; *et puto omnimodo eum teneri ejus nomine, quem ipse solus admisit, quia difficile est negare, culpa ipsius admissum.* (Ulpian.)

Nach der Aeußerung Ulpians war Pomponius in seiner Ansicht schwankend, ob der socius admittens für den durch den socius admissus in Angelegenheiten der ersten Societät verursachten Schaden die Mitglieder derselben schadlos stellen müsse, oder ob er damit sich befreien könne, daß er ihnen seine Klage gegen denselben abtrete. Das Letztere würde die Folge gehabt haben, daß, wenn der socius admissus insolvent gewesen wäre oder sich auf das beneficium competentiae (si facere ille non possit) berufen hätte, jene entweder gar keinen oder nur geringen Ersatz gehabt haben würden. Zu dieser Annahme konnte aber Pomponius nur gelangen, wenn er in der einseitigen admissio eine berechtigte Handlung, keine Verletzung der Vertragspflichten von Seiten des socius admittens sah. Und es mochte ihm dabei die berechtigte Vornahme

---

[31]) Die Entscheidung mußte so ausfallen, weil der Dritte, welcher sich mit dem Theilhaber einer Gesellschaft associirt, um mit ihm gemeinschaftlich die diesem obliegenden Geschäfte jener zu verwalten, in voller Kenntniß des zwischen dem socius admittens und den Theilnehmern jener bestehenden Verhältnisses, dasselbe billigt, aus welchem er aber nicht Nachtheil haben will. Da nun, wenn die Mitglieder der ersten Societät eine culpa begehen, für welche sie haften müssen, der socius admittens gegen sie pro socio klagen kann, so muß er auch dem Dritten Ersatz leisten, wie für eigne Versehen. Für mehr, als er mit der Societätsklage erlangen kann, braucht er jedoch nicht einzustehn. Denn er hat seine Lage durch die Eingehung der zweiten Societät mit dem Dritten nicht verschlechtern wollen.

einer Substitution seitens eines Depositors vorschweben, durch welche derselbe nur zur Klagenabtretung gegen den substituirten Depositar dem Deponenten verpflichtet wird. Durch diese Annahme jedoch wurde consequenter Weise Pomponius zu einer weitern genöthigt. Man konnte nämlich so argumentiren. Socii sind einander nur diligentiam qualem in suis rebus zu prästiren schuldig. Hatte nun der socius admissus ein Verschulden begangen, für welches er aus diesem Grunde seinem Gesellschafter nicht haftete, so konnte auch der socius admittens dafür nicht von den Mitgliedern der ersten Societät in Anspruch genommen werden. Denn war die admissio berechtigt, so wurde er liberirt durch Klagencession; in diesem Fall stand ihm aber keine Klage zu und folglich war er nicht im Stande eine an sie abzutreten. Rechtlich war das Verhältniß des socius admittens ihnen gegenüber seinem zum socius admissus ganz gleich, die Beurtheilung beider Fälle mußte mithin gleichlautende Resultate liefern. Der socius admittens haftete für eigne Verschulden, soweit sie nicht durch negligentia qualem in suis rebus entschuldigt wurden, für die des socius admissus, soweit dieser sich nicht ihm gegenüber auf diligentia qualem in suis rebus berufen konnte.

Eine solche Entscheidung würde offenbar das Wesen der Societät sehr benachtheiligt haben, da es durch sie in die Hand eines socius gegeben wäre, sich willkürlich zum Schaden seiner Gesellschafter seinen Verpflichtungen zu entziehen und Fremde straflos in Societätsangelegenheiten schalten zu lassen, an welche gar nicht gedacht war, denen die socii ihre Interessen nicht anvertraut hatten.

Ulpian will alle Bedenken Pomponius's beseitigen, er will eine klare, jeden Zweifel erledigende Entscheidung geben. Seine Worte sind daher so auszulegen, daß sie eine Antwort auf jedes von Pomponius angeregte Bedenken enthalten. Er sagt:

Et puto omnimodo eum teneri ejus nomine, quem ipse solus admisit, quia difficile est negare, *culpa ipsius admissum.*

Obwohl er in seiner Ausdrucksweise jede Schroffheit und Härte vermeidet, so giebt er doch seine Meinung mit nicht geringerer Entschiedenheit und Schärfe. Die einseitige Aufnahme eines Dritten in die Societät, die admissio socii, stellt er von vornherein als eine Widerrechtlichkeit, als eine Verletzung der Obligation auf Seiten des socius admittens hin, culpa ipsius admissum, durch welche derselbe in culpa versetzt werde, deren Folgen er daher alle zu tragen habe. Ulpian zieht daraus den Schluß, daß er für Alles, was der socius admissus gethan, im vollsten Umfange den Mitgliedern der ersten Societät haften müsse. Wenn durch das omnimodo ausgedrückt wird, daß eine Klagencession ihn nicht liberire, so soll durch ejus nomine, eine allgemeine Bezeichnung, welche die gesammte Thätigkeit des socius admissus zusammenfaßt, angedeutet werden, daß jede schadenstiftende Handlung dieses ihn verpflichte. Nicht nur nicht muß der socius admittens einstehn, sobald der socius admissus der Societät Nachtheil zugefügt hat durch Handlungen, für welche er jenem verantwortlich ist, sondern auch für den, welchen dieser selber ihm nicht zu ersetzen brauchte, indem er sich mit diligentia qualem in suis rebus entschuldigen konnte. Und mag letzterer wegen völliger oder theilweiser Insolvenz den Schaden, welchen er zu ersetzen verpflichtet ist, gar nicht oder nur theilweise erstatten, so kommt das dem socius admittens gegenüber den Theilhabern der ersten Gesellschaft nicht zu Statten. Ihnen muß er für allen Schaden, den sie durch Handlungen des socius admissus erleiden, vollen Ersatz zahlen; was er von diesem nicht zu erlangen im Stande ist, muß er aus eigner Tasche zulegen, so daß jene durch die admissio nicht in Nachtheil gerathen können. Denn difficile est negare, culpa ipsius admissum [32]).

Der Grund, aus welchem von Ulpian die unbedingte,

---

[32]) Vergl. Donelli, comment. XVI. cap. 7, § 22 und Hasse, l. c. p. 328.

vollständige Haftung des socius admittens für den socius admissus hergeleitet wird, ist wie gezeigt worden, daß ersterer die Obligation dadurch verletzt habe, indem er gegen die Intention des Societätsvertrages die ihm obliegenden Verpflichtungen durch Andere für sich oder neben sich ausführen läßt. Es muß sich gleich bleiben, in welcher juristischen Form die Vertragsverletzung geschehen ist, ob so, daß Jener einen Fremden als sich gleichberechtigten in die Obligation aufnimmt oder so, daß er ihn in die Stellung eines Gehülfen setzt, der ein Werkzeug zur Ausführung seiner Anordnungen ist. Zum Glück ist dieser künstliche Beweis nicht der einzige, wir besitzen auch eine direkte Entscheidung dafür, daß ein Gesellschafter für den gegen Verbot angestellten Gehülfen der letzteren Art eben so vollständig zu haften verbunden ist, wie für einen unter gleicher Voraussetzung aufgenommenen socius.

Sowenig ein socius einseitig einen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen darf, so wenig ist er befugt Dritte in Societätsgeschäften als Prokuratoren oder Institoren zu verwenden. Denn auch in diesem Fall täuscht er das in ihn gesetzte Vertrauen der übrigen Mitglieder, welche von ihm erwarteten, daß er für die Angelegenheiten der Gesellschaft seine eigene Kenntniß und Erfahrung verwerthen werde. Eine Ausnahme von diesem Verbot kann deshalb auch nicht gemacht werden, weil der Dritte in besonderer Verbindung mit dem übertragenden socius steht, z. B. desselben Sklave ist. Denn auch der Sklave eines Gesellschafters ist der Gesellschaft eine gerade so fremde Person wie irgend ein beliebiger Freier. Daher enthält die Anstellung eines Sklaven als Institor der Gesellschaft, sobald sie von einem socius einseitig erfolgt, eine ebenso große Vertragswidrigkeit, als die verbotswidrige Ernennung eines Substituten durch einen Mandatar. Daraus folgt, daß der anstellende socius, mag er auch mit der größten Vorsicht in der Auswahl verfahren haben, für alle Versehen des Institors verantwortlich ist.

l. 23. § 1. D. eod. Idem quaerit, an commodum,

quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quo dculpa praebuit, debeat. Et ait, compensandum. Quod non est verum, nam et Marcellus libro sexto Digestorum scribit, si servus unius ex sociis societati a domino praepositus negligenter versatus sit, dominum societati, qui praeposuerit, praestiturum nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno; et ita Divum Martium pronuntiasse nec posse dici socio: abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis.

Diese Stelle, welche durch ihren Widerspruch mit l. 11 D. de neg. gest. III, 5 den Auslegern viele Schwierigkeit gemacht hat [33], giebt einen durchaus entsprechenden Sinn, wenn man nur die Voraussetzung, auf welche Ulpian seine Entscheidung stützt, richtig auffaßt. Ihr Verständniß hängt von der Bedeutung ab, welche man dem Satze: si servus unius ex sociis societati a domino praepositus negligenter versatus sit, beilegt. Diese Worte sind zu verstehen von einer einseitigen, widerrechtlich von einem socius vorgenommenen Uebertragung der Societätsgeschäfte an den Sklaven. Einestheils nöthigt zu dieser Annahme die Vergleichung des Sklaven mit dem socius admissus; der Vergleichungspunkt, das Moment, in welchem beide mit einander verwandt sind, ist, daß beide nicht von der Societät, sondern von einem socius ausschließlich, ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter angestellt sind, der die Befugniß zu einem solchen Akte nicht hatte. Anderntheils werden wir dazu gezwungen durch die Vergleichung mit l. 24 eod [34], die sich unmittelbar an die l. 23 § 1 anschließt, von der daher anzunehmen ist, daß sie einen andern Fall enthalte. In derselben wird nun auseinandergesetzt, daß, wenn sämmtliche socii den Sklaven Eines von

[33]) Vangerow, Lehrbuch § 571 Anm. 1.

[34]) Plane si ambo socii servum alterius praeposuerint, non tenebitur dominus ejus nomine, nisi dumtaxat de peculio; commune enim periculum esse oportet, quum ambo eum praeponamus.

ihnen zum Institor bestellen, der dominus derselben, da der Sklave Geschäftsführer der Gesellschaft geworden, nicht ausschließlich den durch jenen veranlaßten Schaden tragen müsse, sondern sämmtliche socii gleichmäßig. Nur soweit der Sklave ein peculium habe, sei der dominus den Betrag des Schadens aus dem peculium zu decken verbunden, da ja jeder Eigenthümer die Verbindlichkeiten seines Sklaven bis zum Belauf des ihm gegebenen peculium anerkennen muß. Da diesem Fall der andere völlig gleich steht, wenn ein dominus einseitig, aber nach dem Gesellschaftsvertrage dazu berechtigt, einen Institor bestellt, so kann in der l. 23 § 1 an keinen andern gedacht sein als an den, daß der dominus, welcher zugleich socius ist, unberechtigt, gegen den Inhalt der Obligation, also mit Verletzung derselben den Sklaven zur Vornahme von Societätsgeschäften verwandt hat.

Ist die eben ausgesprochene Annahme richtig, so erklärt sich sehr einfach der daraus gezogene Schluß, der darauf basirte Grundsatz über die Haftung des socius für die Versehen des servus praepositus. Durch die eigenmächtige widerrechtliche Anstellung hat der socius sich in culpa versetzt und ihn treffen daher alle nachtheiligen Folgen seines Benehmens. Daher das Resultat, si servus negligenter versatus sit, dominum qui praeposuerit societati praestiturum. Er muß in demselben Umfange für den Sklaven Ersatz leisten, wie er es hätte für den socius admissus thun müssen.

Hasse freilich [35]) will einen Unterschied machen, ob der socius seinen Sklaven in Societätsangelegenheiten beschäftigt, oder ob er einen socius unbefugter Weise zugelassen hat. Aus dem Grunde, weil der Sklave kein selbstständiger Mensch sei, sondern unaufhörlich unter Zwang und Aufsicht gehalten werden könne, brauche der dominus für Jenes Versehen nur zu haften, soweit als er selbst es an dem Fleiße gebrechen ließ, den er in eignen Angelegenheiten anzuwenden gewohnt war,

---

[35]) a. a. O. S. 328.

während er für den socius admissus auf alle Weise und immer einzustehn habe. Einen solchen Unterschied kann man jedoch nicht ohne große Inkonsequenz zugeben, da der socius in dem einen Falle gerade so widerrechtlich handelt, als in dem andern; in beiden ist er eo ipso dadurch, daß er einen Fremden in Societätsangelegenheiten mischt, in culpa und folglich für jeden daraus hervorgehenden Schaden verantwortlich.

Ulpian erwähnt auch hier eines Zweifels des Pomponius, ob nicht der durch einen socius admissus zugefügte Schaden mit dem durch ihn gemachten Gewinn aufgerechnet werden müsse, sodaß dann nur das übrigbleibende plus des Schadens als wirklicher Schaden der Societät anzusehn sei. Dieser Zweifel erklärt sich aus der Annahme des Pomponius, daß in der einseitigen admissio socii eine berechtigte Handlung des admittirenden socius gelegen habe und daß mithin dadurch der socius admissus berechtigt geworden sei in Societätsangelegenheiten zu handeln, Geschäfte abzuschließen, Gelder einzunehmen u. s. w. War die admissio berechtigt, so war der admittirte Gesellschafter nicht bloß Geschäftsführer des admittirenden socius, sondern der Societät geworden. Seine Geschäftsführung mußte als Geschäftsführung der Societät angesehen werden, aus welcher Gewinn und Verlust die Societät d. i. sämmtliche socii trifft, wie es denn auch l. 24 D. pro socio ausspricht, commune enim periculum esse oportet, *quum ambo eum praeposuerint* und wie es in l. 11 D. de neg. gest. vom negotiorum gestor. heißt, quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens (dominus negotiorum) pensare lucrum cum damno debet.

Nun war aber die Ansicht des Pomponius verworfen, die entgegengesetzte Meinung war von den Juristen approbirt, daß ein Gesellschafter ohne Einwilligung seiner Genossen nicht befugt sei, einen Geschäftsführer für die Angelegenheiten der Societät zu bestellen. Ein so einseitig ernannter Geschäftsführer, in welcher Form er immer bestellt sein mag, tritt nicht

in direkte Geschäftsverbindung mit der Societät, seine Thätigkeit geht die Gesellschaft gar nicht an, er ist vielmehr bloßer Geschäftsführer des ernennenden socius. Der Akt der Bestellung aber ist ein widerrechtlicher, durch dessen Vornahme ein socius eo ipso in culpa geräth, die ihn zum Ersatz alles dadurch entstandenen Schadens verpflichtet. Der Gewinn, den ein Gesellschafter in Societätsgeschäften machte, muß er der Gesellschaft mittheilen, um bei der Abrechnung den Theil davon zu erhalten, der ihm vertragsmäßig zukommt. Für jeden durch seine culpa zugefügten Nachtheil muß aber jeder socius vollen Schadensersatz leisten. Beides, Gewinn und Schaden, wird dem socius, der beides bewirkt hat, nicht miteinander aufgerechnet, sodaß er nur den Ueberschuß an Schaden, der sich bei dieser Aufrechnung ergäbe, zu zahlen nöthig hätte.

l. 25 D. pro socio: Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet, quod negligentia ejus periisset, quod in plerisque aliis industria ejus societas aucta fuisset; et hoc ex appellatione imperator pronuntiavit. (Paulus.)

l. 26 eod.: Et ideo si socius quaedam negligenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, *non compensatur compendium cum negligentia*, ut Marcellus libro sexto Digestorum scribit. (Ulpian.)

Es giebt überhaupt keinen Rechtssatz, nach welchem Jemand den durch ein Delikt — und das ist jede verantwortlich machende culpa — verursachten Schaden dem Verletzten nicht zu ersetzen brauchte, weil er demselben durch andere Handlungen einen Vortheil verschafft hätte. Das wäre allgemeiner gefaßt der Inhalt des Satzes, daß ein socius des damnum negligentia factum mit dem lucrum ex industria aufrechnen dürfte. Ein solcher Satz, welcher dem Delikt Straflosigkeit zusicherte, würde nicht bloß ungereimt, sondern geradezu unsittlich, dem Wesen des Rechts widerstrebend sein.

In zwei Fällen ist es nachgewiesen, daß die verbotswidrige Verwendung fremder Personen zur Erfüllung von Obligationen

die Verpflichtung des Schuldners zum vollen Schadensersatz für alle Verschulden jener Fremden nach sich ziehe; es ist gezeigt worden an dem Beispiel eines einseitig in eine bestehende Societät von einem Gesellschafter aufgenommenen Dritten und an dem eines unter gleicher Voraussetzung für die Societätsgeschäfte bestellten Institors. Keinem Bedenken kann es unterliegen, daß diese Entscheidungen Anwendungen eines allgemeinen Rechtssatzes sind, daß ein Schuldner, welcher, wenn er nicht befugt ist, sich zur Erfüllung der Mitwirkung Fremder bedient, für alle daraus dem Gläubiger entspringenden Nachtheile verantwortlich ist. Und daher würde derselbe Umfang der Haftung eintreten müssen, auch wenn das Verbot nicht gegen alle Gehülfen, sondern nur gegen die Person eines bestimmten gerichtet, wenn dem Schuldner untersagt war, sich eines namentlich oder sonst wie bezeichneten Gehülfen zu bedienen. Wie z. B. wenn Jemand im Vertrage mit dem Fuhrherrn sich ausbedingt, daß die Fuhre nicht von einem ausdrücklich genannten Kutscher, den der Fahrgast für fahrlässig hält, geleistet werde.

Wie bereits bemerkt worden, bilden im Verkehr die Obligationen, bei denen es auf Erfüllung bloß durch die Person des Schuldners ankäme, so zwar, daß er die ganze zur Erfüllung nothwendige Thätigkeit allein oder doch nur mit fremder Hülfe in untergeordneten Dingen vornehmen müßte, weitaus die geringere Anzahl. Regelmäßig haben die Leistungen, welche vom Schuldner beschafft werden sollen, ihren Werth in sich, der bestimmt wird durch das quid, quale, quantum derselben. Das, worauf es dem Gläubiger ankommt, ist, daß er die schuldige Leistung in der Beschaffenheit erhalte, in welcher er sie verlangen kann. Wer sie ihm verschaffe, ist regelmäßig ihm ein völlig gleichgültiger Umstand. Die Person des Schuldners hat für ihn kein anderes Interesse, als daß Jemand da sei, welcher ihm die verlangte Leistung gewähre und im Fall des Ausbleibens Schadensersatz zahle. Wenn daher gewöhnlich Jeder anstatt des

eigentlichen Schuldners zahlen kann mit der vollen Wirkung, wie dieser selber, so ist der Gläubiger um so weniger befugt, zu fordern, daß der Debitor die Hülfsleistungen Anderer bei der Erfüllung sich versage.

Drittes Capitel.

Obligationen auf Sachleistungen.

§ 7.

A. Generische Obligationen.

Für die generischen Obligationen, mögen sie nun auf eine gattungsweise bestimmte individuelle Sache oder auf eine Quantität fungibler Sachen gehen, bietet die Frage nach der Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen begreiflicherweise nur sehr geringes Interesse. Der debitor generis wird nur durch Zahlung des geschuldeten Gegenstandes liberirt, es kann, weil bis zur Zahlung oder bis zu einem Akt, durch welchen die Obligation auf eine bestimmte Sache fixirt wird, der Gegenstand der Leistung ein völlig unbestimmter ist, kein Umstand eintreten, welcher ihn seiner Verpflichtung entheben könnte; die Leistung kann niemals für ihn unmöglich werden. Wenn der Schuldner gar nicht oder nicht in ordnungsmäßiger Beschaffenheit, z. B. das Korn in schlechter Qualität liefern sollte, so kann der Creditor unter allen Umständen Schadensersatz verlangen, weil der Debitor nicht erfüllt hat. Ob die Sache, welche der Schuldner zur Zahlung bestimmt hatte, vor der Zahlung durch eigne Schuld oder die seiner Leute, denen er sie anvertraute, um Manipulationen irgend welcher Art vorzunehmen, oder gar durch reinen Zufall untergegangen oder verschlechtert worden ist, darauf kommt gar Nichts an. Sollte ein bereits existirendes genus geleistet wer-

den, und der Schuldner sendet Leute ab, um die Sache von dem Orte, wo sie sich befindet, nach dem stipulirten Zahlungsort hinzuschaffen, durch deren Schuld sie auf dem Transport beschädigt wird, so trifft der Schade ihn, d. h. er kann dem Gläubiger die Sache in schlechterer Qualität nicht aufdringen oder wenn dieser sie freiwillig annehmen will, muß er ihn für den Minderwerth schadlos halten. Ist sie sogar ganz untergegangen, so hat er dem Gläubiger eine andere zu schaffen oder, wenn er das nicht kann, für die Nichterfüllung Ersatz zu zahlen. Sollte das genus erst angefertigt werden, so hat wiederum der Schuldner bis zur Ablieferung alle Gefahr zu tragen. Vorher befreit ihn nicht einmal der kasuelle Untergang, viel weniger denn der durch seine Gehülfen verschuldete. Denn die Unbestimmtheit des Objekts der Leistung wird nicht dadurch gehoben, daß ein Gegenstand nach der Anfertigung existirt, mit welchem der Schuldner zahlen könnte [36]. Kurz der debitor generis ist für alle Versehen seiner Gehülfen, deren er sich zum Zweck der Erfüllung bedient, verantwortlich, er muß allen durch sie verursachten Schaden tragen, sobald derselbe vor der Ablieferung eingetreten ist.

Der Ablieferung steht die gehörig erfolgte Ausscheidung eines Gegenstandes, aus denen, welche zur Zahlung benutzt werden können, um damit zu erfüllen, gleich. Durch die Ausscheidung verwandelt sich die obligatio generis in eine obligatio speciei, es wird jetzt nur noch ein individuell bestimmtes Objekt geschuldet und es kommen dann die Grundsätze zur Anwendung, welche von den Speciesobligationen gelten [37]. Die

---

[36]) Mommsen a. a. O. § 6 und § 31.

[37]) Mommsen l. c. S. 52, Thöl, Handelsrecht § 74. Es kann hier namentlich die Frage aufgeworfen werden, ob eine Ausscheidung aus dem genus in der Abgabe eines Theils derselben an einen Fuhrmann oder Boten, um sie an den Gläubiger zu überbringen, gefunden werden könne. Die bejahende Meinung würde wenigstens die Autorität einer allgemeinen Handelsusance und des Preußischen Art. 261 und 262 sowie des Entwurfs eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzes Art. 286 und 287 für sich haben.

mora des Gläubigers hat dagegen nach Mommsens (S. 306 und 307) Ausführungen nicht die gleiche Bedeutung; daß der debitor generis durch die mora liberirt wird, beruht auf andern Gründen.

Es kann die obligatio generis dadurch specialisirt werden, daß der Schuldner in der Wahl der Gegenstände, mit welchen er zahlen kann, durch eine nähere Bestimmung des genus beschränkt wird, z. B. beim Vermächtniß oder Versprechen der decem nummi, qui in arca sunt. Hier ist es möglich, daß alle Objekte, mit welchen die Zahlung geleistet werden soll, untergehen und es fragt sich dann, inwiefern der Schuldner durch den Untergang liberirt wird, der von seinen Gehülfen verschuldet ist. Totaler Untergang und Verschlechterung stehen sich natürlich gleich.

Nach den Entscheidungen der Quellen ist der Debitor frei, wenn ohne seine Schuld, d. h. durch Zufall, die Sachen untergegangen oder deteriorirt worden sind [38]), muß also Schadensersatz leisten, sobald ihm der Untergang zur Last gelegt werden kann. Ist nun der durch seine Gehülfen veranlaßte Untergang dem durch den Debitor verschuldeten oder dem zufälligen gleich zu achten? Die Entscheidung in jedem Falle hängt davon ab, ob die Versehn der Gehülfen als culpa dem Debitor imputirt werden dürfen. Bei der Beurtheilung dieser Frage würden als Anhaltepunkte dienen können die Regeln, welche bei Obligationen auf individuell bestimmte Sache gelten. Darnach würde z. B. rücksichtlich der Verpflichtung die geschuldeten Objekte zu kustodiren, der Schuldner für alle Versehen seiner

[38]) Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim, et hi *sine culpa debitoris perierint,* nihil nobis debetur; l. 37 D. de V. O. 45, 1; Certis vero corporibus et his ipsis ita relictis: pecuniam, quam in illa arca, vinum, quod in illis doliis, pondus argenti, quod in illis horreis habeo, si *sine culpa heredis deperierunt vel deteriora sunt facta,* proculdubio aut nihil debebitur, aut eorum, quae exstabunt, qualia erunt, ea portio debebitur, l. 30 § 4; D. ad leg. Falc. 35, 2. Ueber die widersprechende l. 108 § 10 D. de leg. I. vgl. Mommsen a. a. O. S. 61.

Leute, soweit er sich nicht auf vis major berufen könnte, haften müssen, rücksichtlich der Verpflichtung die Sachen nach dem Zahlungsorte hinzuschaffen, nur culpa in eligendo zu prästiren haben.

B. Obligationen auf eine individuell bestimmte Sache.

§ 8.

Allgemeines.

Während die generischen Obligationen, eine wirkliche Schuld vorausgesetzt, immer darauf gehen, dem Gläubiger eine Sache zum dauernden Behalten zu überliefern, finden darin bei den Speciesobligationen Verschiedenheiten statt. Bei einigen soll an der gezahlten Sache Eigenthum oder ein dingliches Recht, bei andern bloß die Detention durch die Zahlung übertragen werden. Indessen für die Frage, mit welcher sich die gegenwärtige Ausführung beschäftigt, kommen diese Verschiedenheiten nicht in Betracht.

Um eine Zahlung wirksam zu vollenden, bedarf es mehrerer Momente, deren Vereinigung allein den Erfolg hat, den Zweck jeder Zahlung herbeizuführen, d. i. Aufhebung der Obligation zu bewirken. Man könnte die inneren und die äußeren Bestandtheile der Erfüllung unterscheiden. Das innere Element wird gebildet durch den auf die Vernichtung der Schuld gerichteten Willen, den animus solvendi. Dieser Wille hat zum endlichen Ziel die Aufhebung der Obligation, aber um dieses Ziel zu erreichen, müssen gewisse andere vom Willen des Zahlenden abhängige Wirkungen eintreten. Dahin gehören bei Obligationen auf Sachleistungen, Uebertragung von Eigenthum oder eines dinglichen Rechts auf den Gläubiger, des Besitzes oder der Detention, welche wiederum in der Person des Zahlenden das Vorhandensein gewisser Momente voraussetzen, z. B. Handlungsfähigkeit, Dispositionsbefugniß, Besitz des Eigenthums oder des dinglichen Rechts u. s. w., so daß nur der mit Wirksamkeit den entsprechenden

Willen fassen kann, bei dem sich diese Momente vorfinden. Diese Wirkungen verhalten sich zu der endlichen, der Aufhebung der Schuld, wie Mittel zu einem Zweck. Daher wer das endliche Ziel will, richtet damit von selbst seinen Willen auch auf diese Mittelzwecke, der animus solvendi begreift eo ipso in sich den animus dominii transferendi, possessionis tradendae u. s. w.

Weil nun in Ansehung dieses Willens die Theilnahme Anderer etwas durchaus Undenkbares ist, so ist jede Mitwirkung von Gehülfen rücksichtlich seiner Annahme und seines Daseins ausgeschlossen. Den Willen zu zahlen, d. h. durch die Erfüllungshandlungen die Obligation zu tilgen, kann immer nur der Zahlende selber haben, mag es nun der Schuldner sein oder ein Anderer und mag unter Mitwirkung von Gehülfen gezahlt werden oder ohne dieselbe. Daraus folgt, da die Wirkung der Aufhebung der Schuld und die dieser voraufgehenden und sie bedingenden Wirkungen, wie Uebergang des Eigenthums u. s. w., ausschließlich aus dem Willen des Zahlenden hervorgehen und da Gehülfen nur solche sind, welche einem Andern, der selbst der Zahlende ist, seinen Zweck zu erreichen beistehen, daß, soweit durch die Leistung einer Sache eine bestimmte Rechtswirkung erzielt werden soll, die Verschiedenheit dieser Wirkungen für die Frage nach der Haftung für Gehülfen gleichgültig ist.

Mitwirkung von Gehülfen ist nur möglich in Betreff der äußeren Bestandtheile der Erfüllung. Darunter verstehen wir die Handlungen, welche nothwendig sind, um den animus solvendi auszuführen. Um die Zahlung vollständig zu machen genügt natürlich nicht der nackte wenn gleich ausgesprochene Wille des Schuldners, sondern er bedarf einer realen Grundlage. Es muß dem Gläubiger reell das gewährt worden sein, worauf er vermöge der Obligation Anspruch hat, d. h. der Empfang der geschuldeten species. Und es hat demnach der Schuldner die Thätigkeit vorzunehmen, wodurch die Erreichung dieses Ziels ermöglicht wird. Dabei ist die Mitwirkung von

Gehülfen nicht nur allein möglich, sondern auch in der Regel in unbeschränktem Maße gestattet. Diese Thätigkeit des Schuldners kann möglicherweise zum Gegenstande haben:

1) die Ueberlieferung der geschuldeten species an den Gläubiger, also dieselbe von dem Orte, wo sie sich befindet, hinzuschaffen nach dem Zahlungsort und daselbst dem Gläubiger oder seinem Stellvertreter einzuhändigen.

2) Die Bewahrung der geschuldeten Sache gegen Beschädigung und Entwendung. Fast immer erfolgt die Ablieferung an den Creditor nicht sofort in dem Momente, wo die Schuld entstanden ist, dann muß der Schuldner das Schuldobjekt so lange aufbewahren, bis die Ablieferung in unversehrtem Zustande erfolgen kann, custodia.

Sobald die Obligation auf Leistung einer bereits vorhandenen species ging, lassen sich keine andern Objekte der auf die Erfüllung gerichteten Handlungen des Schuldners denken. Ein Drittes kommt hinzu, wenn eine noch nicht existirende Sache geleistet, also dieselbe vom Schuldner erst angefertigt werden soll.

3) Die Anfertigung des Schuldobjekts.

Jedem dieser drei Gegenstände entspricht eine Verbindlichkeit des Schuldners. Die Obligation auf die Sachleistung läßt sich mithin auflösen

1) in die Verpflichtung auf Ueberlieferung an den Gläubiger,
2) in die zur custodia und
3) in die auf Anfertigung.

Unbestimmtheit des Gehülfen.

1. Verpflichtung des Schuldners zur Ueberlieferung der geschuldeten species an den Gläubiger.

§ 9.

Der häufigste und gewöhnlichste Fall ist, daß über die zu verwendenden Gehülfen zwischen Gläubiger und Schuldner

gar keine Vereinbarung getroffen worden, und daß es daher völlig in dem Belieben des Schuldners steht, welche Personen er als Gehülfen zuziehen will. Selbst aber wenn die Person des Gehülfen durchaus unbestimmt gelassen ist, wird keine für alle erdenklichen Fälle zutreffende Regel gefunden werden können. In Ansehung der Obligation zur Ueberlieferung einer Sache sind keine gleichgültige Umstände, von welchem Orte aus die Ablieferung erfolgt, ob die Sache, dort wo sie ist, sich rechtmäßig befindet, oder ob sie vom Schuldner unbefugter Weise an einen andern hingeschafft worden ist. Es wird auch der Umstand von Bedeutung sein, ob die Ablieferung an dem Orte erfolgt, wo der Debitor verpflichtet war zu leisten oder ob an einem andern Orte. Alle diese verschiedenen Momente müssen berücksichtigt werden. Darnach würden mehrere Fälle zu unterscheiden sein.

1) Rechtmäßigkeit der vom Schuldner zum Zweck der Ueberlieferung an den Creditor mit der geschuldeten species vorgenommenen Ortsveränderung.

Der Debitor einer species wird von seiner Verbindlichkeit liberirt durch unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung. Es kommt mithin nur darauf an zu untersuchen, ob der Untergang oder Verschlechterung des Schuldobjekts durch culpa des Debitors bewirkt wurde oder nicht. Die Richtung der Sorgfalt, welche er nach der Obligation bethätigen soll, wird bestimmt durch den Inhalt der Obligation. So oft diese darin besteht, den geschuldeten Gegenstand nach einem gewissen Punkt hinzuschaffen, würde er, wenn er hinsichtlich der Ueberführung von einem Orte nach einem andern den ihm obliegenden Grad von Sorgfalt bewiesen hätte, frei von jeder Verantwortlichkeit sein [39]). Ein Schade, welcher die Sache trotz aller von ihm angewandten Sorgfalt trifft, kann ihm nicht mehr zur Last

[39]) Es ist hier nicht die Rede von der Transportverdingung, wenn die Verpflichtung, eine Sache an einen gewissen Ort hinzuschaffen, übernommen ist.

gelegt werden, da er Alles gethan hat, was von ihm gefordert werden durfte. Er trifft als ein zufälliger den Creditor.

Wird nun die Sorgfalt, welche der Schuldner in Beziehung auf die Ablieferung bethätigen soll, nach ihren möglichen Objekten zergliedert, so ergeben sich drei:

1) die Zeit, wann die Ortsveränderung vorgenommen wird. Die Jahreszeiten, die Witterungsverhältnisse können für dieselbe hemmend oder fördernd, nützend oder schädlich sein. Da sie nun jeder Einwirkung, jeder Beherrschung durch die Menschen entzogen sind, so kann die Sorgfalt des Debitors sich nicht anders äußern, als in der Wahl der Zeit, welche er für die Ablieferung bestimmt.

2) der Weg, auf welchem die Ortsveränderung geschieht. Die Wege, auf welchen der Verkehr sich bewegt, auf welchen Menschen und Sachen hin und her gehen, kann der Einzelne nicht schaffen; er muß die vorhandenen nehmen, wie sie einmal da sind. Auch hier kann also der Debitor nichts Anderes thun, als den besten Weg aussuchen; Sorgfalt in der Wahl befreit ihn.

3) die Mittel, durch welche die Ueberführung der Sache an den Gläubiger erfolgt. Sind ihm in Ansehung derselben keine Beschränkungen auferlegt, so kann er jedes benutzen, welches ihm zu Gebote steht und welches von ihm für tauglich gehalten werden muß. Als Transportmittel bieten sich ihm dar theils die eigne Kraft, vermehrt durch leblose oder lebendige Werkzeuge, z. B. Wagen, Dampf-, Pferdekraft, theils die Kräfte Anderer, durch die er für sich die Ablieferung an den Gläubiger besorgen läßt. Der Bote, der Fuhrmann, der Schiffer, sind nichts Anderes als Gehülfen, als Werkzeuge die nothwendige Ortsveränderung zu bewirken.

Die Transportwerkzeuge stehen sich indessen in ihrem Verhältnisse zu dem, welcher sie benutzt, nicht alle gleich. Wenn die Pflicht zur Bethätigung von Sorgfalt dort endigt, wo die Möglichkeit einer Einwirkung aufhört, so muß die Gränze der Beherrschung des Transportmittels durch den Schuldner auf-

gesucht werden. Bei einigen Transportmitteln ist dem Einzelnen, der sich ihrer bedient, fast jeder Einfluß auf die Art und Weise ihrer Verwendung versagt. Die Eisenbahnen z. B. richten sich nicht nach den Wünschen des Einzelnen, sondern haben ihre Reglements, ihre Verfassung, denen sich Jeder, welcher durch sie Etwas befördern will, unterwerfen muß. Dem Einzelnen steht also nur die Befugniß zu, sie so wie sie sind zu benutzen, oder auf die Beförderung durch sie zu verzichten. Hat demnach ein Schuldner eine Sache an den Gläubiger abzuliefern und hat er für diesen Zweck eine Eisenbahn benutzt, so kann es nur darauf ankommen, ob die Wahl dieses Transportmittels eine sorgfältige gewesen; denn ist die Sache einmal der Eisenbahn anvertraut, so geht die Beförderung lediglich nach den Regeln des Betriebsreglements. Aehnlich verhält es sich mit Gehülfen. Wer einem Boten, einem Fuhrmann eine Sache übergiebt, um sie anderswohin zu befördern, verliert von dem Augenblicke der Uebergabe die Möglichkeit die Art und Weise der Beförderung zu lenken. Er kann zwar Anordnungen und Befehle geben, er kann aber nicht erzwingen, daß dieselben auch befolgt werden, da die Ausübung eines fortgesetzten physischen Zwanges etwas Undenkbares ist. Zwar wird hier der Transport nicht nach einem Betriebsreglement vorgenommen, das abzuändern nicht in der Gewalt des Absenders steht, dem er sich stillschweigend unterwerfen muß, — obwohl im Verkehr auch diejenigen, welche der Transport von Gegenständen gewerbsmäßig betreiben, gewisse Grundsätze und Vorschriften, welche der Verkehr ausgebildet hat, beobachten — sondern die Gehülfen sind Menschen, die ihren eignen Willen haben, die dem, was ihnen vorgeschrieben ist, nicht nothwendig zu gehorchen brauchen, vielmehr sich nach ihrer Willkür darüber hinwegsetzen können. Wer einen Boten, einen Fuhrmann engagirt, hat die Pflicht zur Sorgfalt erfüllt, wenn er in der Wahl desselben den Grad von Sorgfalt bewiesen hat, welcher ihm nach der Obligation obliegt. Ist einem sorgfältig ausgewählten die geschuldete species übergeben, so befindet

sich jetzt die Sache in der Gewalt des Detentors, der mit ihr vornehmen kann, was ihm beliebt, sie ist gewissermaßen seiner Gnade Preis gegeben. Die Haftung des Schuldners beschränkt sich auf die culpa in eligendo [40]).

Es ist bei dieser Ausführung von der Voraussetzung ausgegangen, daß der Debitor rücksichtlich der Vornahme der Ortsveränderung und des benutzten Transportmittels sich nicht im Unrecht befinde, weder in Betreff des Orts, wo die Sache ist, noch desjenigen, wohin sie geschafft wird, des Zahlungsorts. Auf den letzteren namentlich muß um so mehr Gewicht gelegt werden, weil die Ortsveränderung zum Zweck der Erfüllung nur dann rechtmäßig ist, wenn derselbe rechtmäßiger Weise verschieden ist von dem Aufenthaltsort. Bei freiwilliger Erfüllung ist derselbe nach den verschiedenen Obligationen verschieden. War die Obligation im Interesse des Schuldners eingegangen, so ist die Sache im Zweifel, falls nichts Besonderes ausgemacht worden, ohne Rücksicht darauf, ob die Schuld ex contractu oder quasi ex contractu entstanden ist, beim Gläubiger zu leisten; der Schuldner hat also dieselbe dorthin zu schaffen und jede Bewegung, welche er mit der geschuldeten species deshalb vornimmt, ist rechtmäßig. Es ist dieser Punkt festzuhalten bei der Betrachtung der nachfolgenden Gesetzesstellen.

Nach beendigtem Gebrauche hat der Commodatar die geliehene Sache dem Commodanten zurückzugeben und zwar regelmäßig, ohne Rücksicht darauf, wo er sie empfangen hat, beim Gläubiger, weil das Commodat zum Vortheil des Schuldners eingegangen wird. Nach dem Orte, wo der Gläubiger sich aufhält, die kommodirte Sache zu schaffen, von dem Orte, wo sie sich rechtmäßig befindet, ist Sache des Schuldners und er muß den höchsten Grad von Sorgfalt aufwenden in Bezug auf die Vornahme der Ortsveränderung. Diese Sorgfalt hat er zu bethätigen in der Anwendung der Werkzeuge,

[40]) Voet, comment. ad Pand. s. t. commodati 13, 6, § 6 init.

deren er sich für den Transport bedient, und wenn er also Gehülfen zu diesem Zwecke benutzt, muß er für die sorgfältige Auswahl einstehn; darüber hinaus braucht er für Nichts zu haften. Sorgfältig aber ist die Wahl, wenn ein solcher Gehülfe ausgesucht wird, der aller vernünftigen und besonnenen Ueberlegung nach für geeignet gehalten werden mußte, die Sache dem Gläubiger zu überbringen, sowohl rücksichtlich seiner Tragkraft, als seiner Ehrlichkeit und Einsicht, um sich gegen Betrug zu schützen [41].

l. 20 D. commod. 13, 6: Argentum commodatum *si tam idoneo servo meo tradidissem* ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent (Julian).

Daß in dieser Stelle kein Gewicht darauf gelegt werden dürfe, daß der Schuldner seinen Sklaven zum Boten benutzt habe, lehrt die Vergleichung mit der folgenden. Eine ähnliche Verpflichtung, wie der Commodatar, hat derjenige, dem eine Sache ad inspiciendum gegeben worden, wenn die Besichtigung lediglich im Interesse des Empfängers lag. Nach vollendeter Besichtigung ist derselbe verbunden, die Sache dem Geber zurückzuliefern und zwar sie zu ihm hinzubringen. Natürlich liegt ihm dann auch die Sorge für den Transport ob. Er bewährt seine Sorgfalt, sobald er einen tüchtigen Boten ausgesucht hat.

l. 10 § 1 D. commod. 13, 6: Si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est, quaeritur. Et

---

[41]) Sollte der Commodatar nicht die höchste Diligenz in der Wahl des Boten beobachtet haben, so muß er sofort für den Schaden haften; er darf nicht leichtsinnig Vertrauen schenken. Selbst daß er eine Vertrauensperson des Gläubigers zum Ueberbringer macht, befreit ihn nicht, wenn er ohne Kenntniß ihrer Zuverlässigkeit die schuldige Sache ihr zur Ueberlieferung an den Creditor gegeben hat. l. 12 § 1 comm. Commodatam rem missus, qui repeteret, quum recepisset, aufugit. Si dominus ei dari jusserat, domino perit; si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei qui commodatus est.

si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit; si sui et custodiam et ideo furti habebit actionem. Sed et si, dum refertur, periit, si quidem ego mandaveram, per quem remitteret periculum meum erit; si vero ipso cui voluit commisit, aeque culpam mihi praestabit, si sui causa accepit. (Ulp.)

l. 11: *qui non tam idoneum hominem elegerit*, ut recte id perferri possit. (Paul.)

l. 12: si mei causa, dolum tantum. (Ulp.)

Der bonae fidei possessor muß die Sache, zu deren Herausgabe er verurtheilt ist, entweder dort restituiren, wo sie sich befindet, oder am Klageort, oder auf Verlangen des Klägers und auf seine Kosten und Gefahr an jedem von ihm gewünschten Orte [42]). Wenn er zu diesem Behufe mit der Sache eine Ortsveränderung vornehmen muß, so ist er frei vom Ersatz, sobald er die erforderliche Vorsicht beobachtet hat. Er ist nicht in culpa, sobald er die für die Fortschaffung der Sache günstige Zeit ausgesucht und tüchtige Leute mit derselben beauftragt hat.

l. 16 § 1 D. de rei vind. 6, 1: Culpa non intelligitur, si navem petitam tempore navigationis trans mare misit, licet ea perierit, *nisi si minus idoneis hominibus eam commisit* [43]).

Wenn also ein Debitor das Recht hat, die geschuldete species zum Zweck der Erfüllung seiner Obligation nach einem andern Orte hinzuschaffen, als wo sie sich befindet, so haftet er hinsichtlich der Gehülfen, die er beim Transport benutzt, nur für culpa in eligendo. In den oben angeführten Stellen ist immer nur die Rede von solchen Verlusten, die der Gläubiger dadurch erleidet, daß vom Boten die Sache beschädigt,

---

[42]) l. 10, l. 11 D. de rei vind. 6, 1.

[43]) Daß die l. 16 § 1 handelt von der Restitution des Besitzers post rem judicatam, zeigt die Vergleichung mit dem principium dieser Stelle, in welcher die Rede ist von den Dingen, auf welche die Sentenz im Vindikationsproceß Bezug nehmen muß.

unterschlagen oder durch seine Schuld von Andern verletzt oder entwandt wird. Ohne Zweifel ist die Erwähnung dieser Verlüste in jenen Quellenzeugnissen für eine zufällige zu halten, weil sie die gewöhnlicheren sind und die gefundene Regel auch auf solche anzuwenden, welche in anderer Beziehung erlitten sind, z. B. dadurch, daß der Bote die Sache an einen andern Ort, als wohin sie bestimmt ist, oder verspätet abliefert. Z. B. ein Commissionär schickt Waaren an seinen Auftraggeber mit der Eisenbahn, aus Versehen des Bahnbeamten werden sie verkehrt adressirt und kommen nicht an den, welcher sie haben sollte. Ehe der Irrthum wieder gutgemacht wird verstreicht einige Zeit und der Empfänger muß, weil er sie nicht liefern kann an einem festgesetzten Tage, Conventionalstrafe zahlen.

Die einfachste Art von Gehülfen ist der Bote; ihm würden völlig gleichzustellen sein der Fuhrmann, die Eisenbahngesellschaft, die Post, der Schiffer, welche aus dem Transport von Sachen ein Gewerbe machen. Der geschäftliche Verkehr hat nun eine eigne Klasse von Geschäftsleuten ins Leben gerufen, die ohne selbst den Transport zu übernehmen, sich damit abgeben, denselben für Andere zu besorgen, die Spediteure. Auch diese müssen auf gleiche Weise wie jene behandelt werden, da ihr Geschäft gerade darin besteht, Güterversendungen für Andere zu besorgen; es kann der Umstand Nichts entscheiden, daß sie den Transport nicht selbst vornehmen, sondern wiederum Andere dazu engagiren, da dasselbe Kriterium auch bei Fuhrleuten, Schiffsrhedern u. s. w. zutrifft [44].)

---

[44]) Der Entwurf eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuches stimmt überein mit dem Röm. Recht. Art. 286: Hat der Käufer über die Art der Uebersendung Nichts bestimmt, so gilt der Verkäufer für beauftragt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes die Bestimmung statt des Käufers zu treffen, und es gilt die Uebergabe für vollzogen, wenn die Waare an den von dem Verkäufer bestimmten Spediteur oder Frachtführer zur Verfügung des Käufers abgegeben ist.

Art. 287: Nach Uebergabe der Waare an den Spediteur oder Frachtführer trägt der Käufer die Gefahr, von welcher die Waare betroffen wird.

Wie aus den angeführten Stellen hervorgeht, in denen Obligationen behandelt wurden, aus welchen der Debitor zur höchsten Sorgfalt verpflichtet war, konnte derselbe sich vom Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Schuld durch den Nachweis befreien, in der Wahl des Gehülfen den höchsten Grad von Vorsicht bewährt zu haben. Diese Regel kann zu Gunsten des Schuldners erheblich modificirt werden, insofern, daß er bisweilen nicht einmal für levis culpa, sondern nur für dolus und lata culpa in eligendo einsteht.

Der Schuldner, welcher an sich in Beziehung auf die geschuldete Sache nur dolus zu prästiren verpflichtet ist, braucht auch hinsichtlich einer berechtigten Ortsveränderung, welche er mit der Sache vornimmt, keinen höheren Grad von Schuld zu gewähren. In einer solchen Lage befindet sich der Depositar, welcher nur für dolus und culpa lata verantwortlich ist, ihm wird in l. 17 § 2 D. praescr. verb. 19, 5 [45]) gleichgestellt derjenige, dem eine Sache lediglich im Interesse des Gebers zur Prüfung und Besichtigung übermacht wird, er hat nur den durch dolus und culpa lata zugefügten Schaden zu ersetzen. Nehmen wir z. B. einen der im Verkehr am häufigsten vorkommenden Fälle der Art; es werden Jemandem vom Buchhändler die neuesten Erscheinungen der Litteratur

---

Fast völlig gleichlautend Art. 261 und 262 des Preuß. Entwurfs. Vgl. die Motive hierzu S. 139 ff., welche die Nachlässigkeit des Transportanten ausdrücklich erwähnen.

Die Bestimmungen dieser Artikel weichen vom gemeinen Recht insofern ab, daß sie den vom Absender bestellten Ueberbringer der Waare als Stellvertreter des Adressaten behandeln, indem sie ein Mandat des ersteren zur Ernennung des Stellvertreters fingiren und somit in der Uebergabe an ihn die Eigenthumstradition für vollzogen ansehn, die jedoch keinen kaufmännischen Empfang in sich schließt, daher dem Empfänger die Prüfung und Verwerfung der Waare vorbehalten bleibt.

[45]) — Secundum haec, si cui inspicendum dedi sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandum esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

zur Ansicht übersandt [46]). Der Empfänger kann sie sofort beim Empfang zurückweisen, jedoch auch sie annehmen und eine Zeitlang behalten. Thut er das Letztere, so entsteht nach Röm. Recht ein Innominatkontrakt, aus welchem er die Bücher kustodiren muß, aber nicht nöthig hat eine höhere Sorgfalt dabei aufzuwenden, als daß er dabei nicht in culpa lata oder dolus verführe. Insofern steht er dem Depositar völlig gleich. Während dieser aber, weil er kontraktlich Verpflichtungen übernommen hat, falls er das Depositum nicht länger behalten will oder kann, dasselbe anderswo deponiren muß und nicht ohne Weiteres dem Deponenten zusenden darf, hat jener keine solche Verbindlichkeiten. Es ist als unzweifelhaft anzusehn, daß er nicht schuldig ist die Bücher länger bei sich zu behalten, als es ihm beliebt, daß er abwarten darf, bis sie von dem Eigenthümer resp. Absender wieder abgeholt werden, daß er jedoch auch das Recht hat, sie jederzeit demselben zurückzuschicken. Er begeht daher kein ihn verpflichtendes Unrecht, durch welches seine Verantwortlichkeit gesteigert werden könnte, wenn er die ihm anvertrauten Bücher der Chance eines Transports aussetzt. Demnach steht er auch in Beziehung auf den Transport nur für dolus und culpa lata ein. Folgeweise hat er sine dolo et culpa lata sua die Bücher fremden Händen zum Behuf der Ablieferung an den Geber anvertraut, so ist er frei von Ersatz, wenn dennoch ein Schaden durch Schuld des Boten dieselben trifft. Nur dann würde eine Verbindlichkiit für ihn entstehen, wenn er doloser oder grob fahrlässiger Weise einen Unfähigen gewählt hätte. So entscheiden daher auch die bereits angeführten l. 10 § 1 — l. 12 D. comm.

Si rem inspectori dedi — Et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum

[46]) Die Uebersendung der Bücher bezweckt das Interesse des Gebers, der den Empfänger dadurch zu veranlassen wünscht zu kaufen, also sich einen Vortheil zuzuwenden; der Nutzen des Letzteren ist kein anderer, als daß ihm das Kaufen etwas erleichtert wird.

praestabit. — Sed et si dum refertur periit — si vero ipse cui voluit, commisit, aeque culpam mihi praestabit, si sui causa accepit — *si mei causa, dolum tantum.*

Ebenso spricht sich l. 12 § 1 D. depos. 16, 3 aus:

Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est; ubi vero depositum est, nihil interest. — Sed dicendum est, si velit actor suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit quoniam et in ad exhibendum actione id servatur.

Der Depositar soll die deponirte Sache dort restituiren, wo sie sich befindet ohne seinen dolus, er darf aber auch an keinem andern Orte leisten. Von dieser Pflicht, abwarten zu müssen, bis sie bei ihm abgeholt werde, wird er befreit durch das Verlangen des Deponenten, sie ihm anderswohin zu senden. Wenn er auch dieser Forderung Folge geben muß, so kann sich seine Lage dadurch jedoch nicht verschlechtern, und er haftet rücksichtlich des Transports nach dem gewünschten Orte nur für seinen dolus, die Kosten und das periculum trägt der Deponent.

Ueberall ferner, wo die Verpflichtung dem Gläubiger das Schuldobjekt zu überbringen nur auf seiner Liberalität, gewissermaßen auf einer Schenkung beruht, würde der Debitor ebenfalls nur für dolus und culpa lata in eligendo haften. Einer der häufigsten Fälle dieser Art, welche der Verkehr kennt, ist der, daß ein Verkäufer, welcher im Laden verkäuft, z. B. Krämer, Handwerker, Apotheker auf Wunsch des Kunden sich bereit erklärt, ihm die gekauften Gegenstände in seine Behausung zu übersenden, statt wozu er ohne Zweifel befugt ist, abzuwarten, bis sie bei ihm geholt werden, oder daß ein Gastwirth für den Reisenden auf dessen Verlangen das Gepäck aus dem Gasthof nach dem Bahnhof zu befördern übernimmt. Die Absicht des Verkäufers, des Wirths ist offenbar nur die, dem Käufer, dem Reisenden eine Last, eine Sorge abzunehmen, um sich dadurch sein Wohlwollen und seinen ferneren Zuspruch

zu sichern und sich dem Publikum zu insinuiren. Dies Motiv erhebt die Verpflichtung, welche er freiwillig, aber auf Wunsch des Gläubigers übernommen hat, zu einem Akt der Liberalität. Man kann daher von ihm, wie von einem Schenker, nicht mehr als Abwesenheit des dolus, der mala fides zu beanspruchen berechtigt sein. Wäre er in der Wahl des Boten ohne Arglist, bona fide zu Werke gegangen, so müßte er von der Haftung für dessen Verschulden absolvirt werden. Praktisch freilich würde selbst die Verantwortlichkeit für omnis culpa dem Gläubiger nicht viel helfen, da solche Personen, wie Krämer, Gastwirthe, wenigstens in größeren Geschäften, zur Ueberbringung von Sachen fest engagirte Leute halten, die sie auch in eigenen Angelegenheiten verwenden, sodaß meistens schon durch den Hinweis hierauf die Annahme einer culpa in eligendo ausgeschlossen wird.

Zweiter Fall. Unrechtmäßige Vornahme des Transports.

§ 10.

Bisher ist die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen, die er bei der Ablieferung der geschuldeten species an den Gläubiger verwendet, von dem Gesichtspunkt aus betrachtet worden, daß der Debitor rechtmäßig handelte, indem er die Ortsveränderung bewirkte. Es muß nun auch der entgegengesetzte Fall erörtert werden, daß er sich im Unrecht befand, wie wenn er die Nothwendigkeit des Transports, welcher an sich nach der durch die Obligation begründeten Sachlage nicht hätte stattfinden dürfen, verschuldet hatte. Natürlich muß dann die Verantwortlichkeit desselben gesteigert werden, da es unmöglich dem Gläubiger zum Nachtheil ausschlagen darf, daß das Schuldobjekt auf einer Reise beschädigt oder vernichtet wird, zu welcher er gar keine Veranlassung gegeben hat, welche vielmehr allein und ausschließlich dem Schuldner zur Last fällt, die in einem Benehmen desselben ihren Grund hat, welches den Regeln eines Wohlverhaltens durchaus widerspricht.

Die örtliche Bewegung der geschuldeten Sache Zahlungs halber gilt als berechtigt, wenn sie entweder sich als natürliche Folge aus den bei Eingehung der Obligation vorhandenen räumlichen Verhältnissen ergiebt, z. B. wenn Gläubiger und Schuldner verschiedene Domicile haben, oder die Sache beim Contraktabschluß sich anderswo befindet, als wo Zahlung stipulirt ist, oder falls sie erst durch spätere nach Eingehung der Obligation eingetretene Ereignisse veranlaßt ist, wenn sie nothwendig geworden durch einen Aufenthaltswechsel des Gläubigers oder durch einen vom Schuldner ausgeübten berechtigten Gebrauch. So darf der Commodatar die geliehene Sache, die er für seinen persönlichen Bedarf nutzt, bei jedem Wechsel seines Aufenthaltsorts mit sich nehmen, so ebenfalls der Pfandgläubiger das Faustpfand in den neuen Aufenthalt, den er gewählt hat. Als Verschulden wird daher dem Debitor die Fortschaffung des Schuldgegenstandes von einem Orte nach einem andern zugerechnet, welche entweder dadurch nothwendig geworden, daß er sie zuvor unerlaubter Weise anderswohin gebracht hatte, sodaß sie zum Zweck der Erfüllung nach dem Zahlungsorte zurückgebracht werden muß, oder dadurch, daß er anderswo leistet, als wo er zu leisten verpflichtet war. Befindet sich nun der Debitor schon an sich, indem er mit der geschuldeten Sache eine räumliche Veränderung vorzunehmen sich genöthigt sieht, im Zustande der culpa, so kann ihn selbst die größte Sorgfalt, die er beobachtet hat bei der Bewegung der Sache, nicht von der Pflicht, den durch dieselbe dem Gläubiger erwachsenen Schaden zu ersetzen, befreien. Denn ist Jemand einmal im Unrecht, so hebt das angestrengteste Bemühen von seiner Seite, die Folgen seines unerlaubten Handelns auf das geringste Maß zu beschränken, seine Verantwortlichkeit nicht auf. Angenommen also, der Debitor hat die Nothwendigkeit der Ortsveränderung verschuldet, würde er sich nicht dem Gläubiger gegenüber darauf berufen können, die größte Vorsicht in Betreff der Zeit, der Wege, der Mittel des Transports bewiesen zu haben.

Er würde nicht bloß dann haften, falls er in der Wahl der Gehülfen, mit deren Hülfe er die Bewegung bewirkte, sich versehen hätte, sondern selbst die Gefahr des zufälligen Untergangs resp. Verschlechterung der Sache anf dem Transport tragen müssen.

An sich kann dem Debitor einer species, deren Eigenthümer er ist oder die ihm anvertraut worden, daraus kein Vorwurf gemacht werden, daß er in ihren örtlichen Verhältnissen häufiger Veränderungen vornimmt, daß er ihren Aufenthaltsort nach seinem Gutdünken wechselt, sie bald hierher, bald dorthin schafft. Ein solches Benehmen gereicht ihm aber zur Schuld, sobald er es in der böswilligen Absicht thut, durch den Aufenthaltswechsel dem Gläubiger den Empfang der Sache zu erschweren. Sowie ihm einerseits dieser dolus malus nicht zum Vortheil dienen darf, um dadurch die Herausgabe an einen ihm nicht genehmen Punkt zu vermeiden, so geht es andrerseits nicht an, daß dem Gläubiger daraus Nachtheile und Schäden entstehen. Das Gesetz, um seinen sittlichen Standpunkt zu wahren, muß die Folgen des böswilligen Verhaltens auf den Thäter häufen. Es verlangt aus diesem Grunde nicht nur von ihm, daß er die Sachen wieder an den Ort zurückbringe, von welchem er sie dolo malo fortgeschafft hat, sondern legt ihm auch auf, daß er dies auf seine Kosten thue und zugleich das Risiko des Transports stehe.

Der mit der actio ad exhibendum Belangte ist die geforderte Sache dort auszuliefern pflichtig, wo sie sich befindet zur Zeit der Litiskontestation und hat er sie nach diesem Zeitpunkt anderswohin geschleppt in böswilliger Absicht, so liegt es nun ihm ob, sie an ihren frühern Aufenthaltsort wieder zurückzubringen auf seine Kosten und Gefahr. l. 11 § 1 D. ad exhib. 10, 4 in fine:

Interdum tamen eo loci exhibere debet suis sumtibus, si forte proponas, data opera eum in locum abditum res contulisse, ut actori incommodior esset exhibitio; nam in hunc casum suis sumtibus et periculo debebit

exhibere in eum locum, ubi agatur, ne ei calliditas sua prosit. (Ulp.)

Daß periculum hier nicht das periculum culpae, sondern das periculum casus bedeute, scheint mit Nothwendigkeit aus dem von Ulpian angeführten Motiv der Entscheidung zu folgen. Es würde schlecht mit dem Grunde, ne ei calliditas sua prosit harmoniren, wollte man periculum bloß in der ersten Bedeutung verstehen. Sollte dieser Grund nicht für genügend gelten, so würde jedenfalls der Umstand den Ausschlag geben müssen, daß der Beklagte, wenn er nicht dolo opera, sondern bona fide, z. B. weil er nach einer andern Stadt umziehen mußte, den Aufenthaltsort der Sache nach der Litiscontestation geändert hätte, hinsichtlich des Rücktransports nach dem Klageort für culpa einzustehen hätte, also im Fall des dolus eine Steigerung seiner Verantwortlichkeit nicht Statt fände, sobald er auch dann bloß das periculum culpae zu gewähren verpflichtet wäre.

Ein Schuldner setzt sich auch dadurch ins Unrecht, daß er freiwillig an einem andern Orte ohne voraufgegangene Ermächtigung des Gläubigers erfüllt, als wo er dazu verpflichtet war. Denn die Pflicht hier zu zahlen enthält zugleich die Pflicht auch nicht anderswo zu zahlen. Der Depositar soll das Depositum dort zu restituiren schuldig sein, ubi sine dolo malo ejus est [47]), anderswo darf er jedoch auch nicht leisten, wenn nicht der Gläubiger speciell damit einverstanden ist. Und sollte daher dieser Ort verschieden sein vom Klageort, so ist der Depositar nicht befugt, eigenmächtig das Depositum von jenem nach diesem fortschaffen zu lassen; das gegentheilige Handeln hat zur Folge, daß der Transport auf sein Risiko geht. Denn da das Depositum den Zweck verfolgt, eine Sache ihrem Eigenthümer dadurch zu erhalten, daß sie dem Verkehr und dessen Zufälligkeiten völlig entzogen wird, so würde der Depositar schlecht das Interesse des Deponenten wahrnehmen,

---

[47]) l. 12 § 1 D. depos. 16, 3.

wollte er sie auf eigne Hand den Gefahren eines Transports Preis geben. Dadurch würde er gerade das thun, was durch die Deponirung vermieden werden sollte. Und kaum eine geringere Pflichtverletzung dürfte man ihm vorwerfen, als wenn er deponirte kostbare Gegenstände unverschlossen, Jedem zugänglich aufbewahrte. Kann er nicht abwarten, bis der Deponent die Sache, dort wo sie sich befindet, abholt oder anderweitig darüber verfügt, so steht ihm ja das Recht zu, durch Substitution sich von seiner Verpflichtung zu befreien [48]) und dadurch allen Ansprüchen des Gläubigers zu entgehen. Nur die Bewilligung des Letzteren kann ihm das Recht geben, anderswo zu leisten, als wo die Sache sich sine dolo malo ejus befindet; eine solche Ermächtigung bewirkt denn auch, daß auf den Deponenten das periculum des Transports übergeht. l. 12 § 1 D. depos. 16, 3.

Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est; ubi vero depositum est, nihil interest. Eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei judiciis. Sed dicendum est, si velit actor suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit, quoniam et in ad exhibendum actione id servatur. (Pompon.)

Wenn der Deponent anderswo Zahlung verlangt, als wo die deponirte Sache ist, so ist er freilich mit seinem Verlangen zu hören, aber der Transport bis dahin geht auf seine Gefahr. Wird die Prämisse ins Gegentheil verkehrt, so muß sich daraus die entgegengesetzte Folge ergeben, nämlich daß der Depositar für die Gefahr des Transports einzustehn verpflichtet sei, falls er ohne das Verlangen des Deponenten d. h. ohne seine Ermächtigung die Sache nach Rom geschickt hätte. In dieser Stelle bedeutet periculum unzweifelhaft das periculum casus, wie aus der Vergleichung mit dem § 3 der l. 12 hervorgeht, wo es heißt, daß der Depositar, welcher

---

[48]) l. 1 § 37, l. 5 § 5 § 2 D. depos. 16, 3.

in mora solvendi sei, das periculum tragen müsse. Es ist nicht anzunehmen, daß der Jurist in einem Athemzuge dasselbe Wort in verschiedenen Bedeutungen gebraucht haben sollte.

2. Verpflichtung zur custodia.

§ 11.

Puchta [49]), der custodia definirt als „Sicherung einer Sache gegen Abhandenkommen", faßt den Begriff derselben offenbar zu enge auf, indem er nur eine Seite des Schutzes hervorhebt. Custodia bezeichnet vielmehr die Sorgfalt, welche sich in den Bemühungen offenbart, eine Sache gegen äußere Unfälle sicher zu stellen, sodaß darin sowohl der Schutz gegen Abhandenkommen, als der gegen Verletzungen enthalten ist;

l. 5 § 2 D. ut in poss. leg. 36, 4: ut res neque auferantur, neque depereant deterioresve fiant.

So wird sie auch von den meisten Rechtslehrern aufgefaßt [50]).

Wie dem auch sein mag, welche von den verschiedenen Ansichten man adoptiren will, so wird man jedenfalls zugeben müssen, daß die Ausübung der custodia ein fortgesetztes continuirliches Verhalten des Custodienten zu der custodirten Sache während der ganzen Zeit, daß die custodia dauert, in sich schließt. Einen Gegenstand vor Schaden behüten innerhalb eines gewissen Zeitraums, heißt eben, während der ganzen desselben, d. h. in jedem Zeitabschnitt konstant eine Thätigkeit üben, durch welche eine Beschädigung verhindert wird. Es genügt also nicht, daß in irgendeinem Moment der Frist, weder vorher noch nachher, z. B. beim Beginn derselben der Custodient sich in einer solchen Lage befand, die Beschädigung wirksam ausschließen zu können, wenn er es nicht zugleich auch in allen übrigen Momenten war. Es reicht nicht hin, daß er

---

[49]) Lehrbuch § 266.

[50]) Hasse, die Lehre von der culpa § 76; Göschen, Vorlesungen § 388; Burchardi, System Bd. II, § 41.

die Sache in ein solches Verhältniß zu sich bringt, wie es die Ausübung der custodia im konkreten Falle nothwendig macht, wenn nicht die Begründung des Verhältnisses die konstante Fortdauer zur nothwendigen Folge hat. Daß der Custodient die Sache verschließt, ist nicht ausreichend um sie zu bewahren, er muß sie auch verschlossen halten.

Die Sorgfalt nun, welche der Custodient entfalten soll, muß sich in dem ganzen Verhalten während der Dauer der Custodirungszeit offenbaren. Sie erfordert demnach eine fortgesetzte kontinuirliche Anspannung der Kräfte, und ist nicht beschränkt auf einzelne in sich abgeschlossene Handlungen, sondern umfaßt einen ganzen Kreis von solchen. Ihr Gebiet ist sachlich die ganze auf den Widerstand gegen Beschädigung gerichtete Thätigkeit, zeitlich wird sie begränzt durch die Dauer der custodia. Die Vorsicht, die Aufmerksamkeit muß sich äußern in allen einzelnen Handlungen, welche zusammengefaßt den Begriff der Abwehr, der Vertheidigung ausmachen. Wenn der Custodient eine Sache auch mit aller Sorgfalt in einen Schrank einschließt, aber sich nicht darum kümmert, ob das Schloß gut geblieben, ob der Schrank gegen Nachstellungen einen sichern Behälter für die Länge abgebe, so ist er nichtsdestoweniger in culpa, falls durch Oeffnung des Schlosses die Sache entwendet worden. Denn wer eine Sache, die an verschlossenen Orten gehalten zu werden pflegt, in Verwahrung empfängt, muß sie während der ganzen Zeit in gutem Verschluß halten. Welche Mittel er zur Bewahrung verwendet, es liegt ihm ob dafür zu sorgen, daß sie nicht bloß zu Anfang tauglich sind, sondern auch daß sie es die ganze Zeit hindurch bleiben. Sowohl in der Anwendung eines Mittels soll sich die zu beweisende Sorgfalt äußern, als auch in der fortwährenden Benutzung.

Wird dies angewandt auf den Fall, daß der zur Custodia Verpflichtete Gehülfen verwende, um die Custodia auszuüben, so werden wir nothwendig zu einer andern als der gangbaren Ansicht hingedrängt. Wenn diese lehrt, daß jener nur für culpa

in der Auswahl der Gehülfen verantwortlich sei, so beschränkt sie willkürlich seine Pflicht zur diligentia auf einen einzelnen Akt, einen einzelnen Zeitabschnitt, während die obligatio ad custodiendum sie in allen Handlungen während der ganzen Zeit erheischt. Der Debitor kann nicht nur in der Bestellung der Gehülfen Sorgfalt beweisen, sondern auch, weil er sie fortgesetzt für sich selbst verwendet und fortwährend ihre Thätigkeit seinem Willen unterworfen ist, in der Fortdauer ihrer Benutzung. In Folge davon läßt sich eine culpa desselben denken sowohl bezüglich der Anstellung, als auch ihrer Ueberwachung und Beaufsichtigung. Sowie unzweifelhaft eine Nachlässigkeit in der Auswahl ihn obligirt, z. B. wenn er einen notorischen Dieb zur Behütung kostbarer Gegenstände engagirt hat, so ebenfalls Mangel an Fleiß in der Aufsicht über die angestellten Leute. Die Versündigung gegen die Pflicht zur diligentia in der letzteren Richtung gewinnt dann besondere Bedeutung, wenn für die Custodirung nicht speciell Leute engagirt wurden, sondern der Debitor diejenigen benutzte, welche durch das Dienstverhältniß, in welchem sie zu ihm standen, ohnehin ohne weiteren Befehl zur Unterstützung in seinen Wächterpflichten genöthigt waren. Vorsicht bei der Anstellung berechtigt den Debitor nicht den ihm anvertrauten Gegenstand seinem Schicksale zu überlassen, überhebt ihn nicht der Pflicht, sich fortwährend um denselben zu kümmern und ein wachsames Auge auf die Gehülfen zu haben, damit sie nicht mit ihm verfahren können, wie es ihnen beliebt oder etwa ihrer Trägheit zusagt. Wenn der Schuldner, welcher eine Sache an einem andern Orte zu liefern verpflichtet war, seine Verbindlichkeiten erfüllt hat, sobald er in der Wahl des Boten Tüchtigkeit bewies, und für das, was nachher auf dem Transport erfolgt, nicht mehr verantwortlich ist, obgleich er es hindern konnte, so ist es bei dem Debitor, welcher custodia leisten muß, nicht der Fall.

Wie in der diligentia eines Schuldners überhaupt, so werden auch in der custodia speciell mehrere Grade unter=

schieden; es wird in den Quellen von custodia plena und minus plena, von der custodia, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet und der, quam obligatus suis rebus adhibere solet gesprochen. Die höchste Sorgfalt in custodiendo muß der prästiren, welcher Vortheil aus dem Rechtsgeschäft zieht, aus welchem seine Verbindlichkeit hergeleitet wird, z. B. der Commodator, Verkäufer, wer sich für die custodia bezahlen läßt, und endlich wer sie freiwillig übernimmt und daher auch, wer sich zu dem Geschäft andrängt.

Da von dem, welcher exactissima custodia leisten soll, die höchste Anspannung seiner Kräfte zur Abwehr eines Verlustes durch Verletzung oder Entwendung gefordert wird, findet seine Sorgfalt ihre Gränze in dem Können, ein Begriff, der nicht nach den subjektiven Fähigkeiten des Schuldners, sondern nach denen eines bonus paterfamilias bemessen wird und mithin ein absoluter ist. Das Gebiet des Zufalls fängt da an, wo die Thätigkeit eines solchen Mannes sich am Ziele des Möglichen findet, das ist, wo überhaupt Abwehr der Verletzung nicht mehr denkbar ist. So lange Abwehr noch möglich ist, wird ein vernünftiger Mann auch Mittel zu finden wissen, dem drohenden Uebel zu begegnen. Jeder Unfall, jede Beschädigung daher, welche verhindert werden konnte, aber nicht verhindert worden ist, wird dem Debitor zugerechnet als verschuldet; für kasuell gilt nur das, was abzuwenden das Maß der menschlichen Kräfte übersteigt. Demnach wird als ein zufälliges Unglück, welches den Gläubiger trifft, nur angesehen werden können, was entweder durch Naturereignisse oder durch überlegene menschliche Gewalt herbeigeführt worden ist, gegen beide ist Widerstand nicht möglich.

l. 18 pr. D. comm. 13, 6: In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa ejus accidunt, latronum

hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent.

Noch bezeichnender spricht sich l. 2 § 1 D. de peric. rei vend. 18, 6 aus:

Et puto eam diligentiam venditorem exhibere debero, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum.

Steht es also zur Frage, ob ein Custodient für die Verletzung oder Entwendung der ihm anvertrauten Gegenstände Ersatz leisten müsse, so hängt die Entscheidung ausschließlich davon ab, ob der Verlust verhütet werden konnte durch noch größere Anstrengungen von seiner Seite, als er schon aufgewandt hat, oder nicht, vorausgesetzt, daß er zur summa diligentia in custodiendo obligirt war. Dies ist der Gegenstand der Untersuchung, welche geführt werden muß, um die Existenz einer Restitutionspflicht zu finden; ihr Ergebniß zwingt entweder letztere anzunehmen oder abzulehnen. Von wem die Verletzung ausgegangen, kann für diese Untersuchung natürlich keinen Unterschied machen, da es als die Aufgabe des Custodienten betrachtet werden muß, Verletzungen, woher sie immer drohen, abzuwehren. Nicht minder, wenn sie bevorstehen von Naturgewalten, z. B. Einwirkungen des Regens, Schnees, Staubes, Beschädigungen durch Thiere, als wenn sie von Menschen zu befürchten sind. Und im letzteren Fall ist es wiederum einerlei, ob die Menschen in einem Abhängigkeitsverhältniß als Gehülfen zum Custodienten stehen, oder ihm ganz fremd sind, ohne ein Band mit ihm verbunden. Bei Beschädigungen durch die Gehülfen in custodiendo wird auch nur dann eine Ersatzpflicht für den Custodienten begründet, sobald er die Sache gegen die Verletzung zu schützen im Stande war.

Verletzungen durch Gehülfen in der Behütung einer Sache lassen sich in zweifacher Weise als möglich denken.

1) Dadurch, daß sie eine Versäumniß ihrer Aufseherpflichten sich zu Schulden kommen lassen, z. B. unachtsam mit der ihnen anvertrauten Sache umgehen, sodaß sie beschädigt

wird, oder sie so lässig und unaufmerksam bewachen, daß Dritte dazu kommen und sie beschädigen oder entwenden können.

2) Dadurch, daß sie sich über ihre Wächterpflicht völlig hinwegsetzen, Handlungen vornehmen, welche mit ihren Funktionen in direktem Widerspruch stehen, z. B. indem sie die Sache entwenden heimlich durch Diebstahl oder offen mit Gebrauch von Gewalt durch Raub oder gewaltsamer Weise, böswillig verletzen.

In jeder dieser beiden Richtungen wird die Obligation des Custodienten zu betrachten sein.

Ausgehend von dem Princip, daß der zur exactissima custodia Obligirte für jede Beschädigung des Gegenstandes verantwortlich, ausgenommen für die durch solche Ereignisse herbeigeführten, quibus resisti non potuit, ordnet das Römische Recht an, daß er wegen jeder Verletzung der ersteren Art vom Gläubiger auf Ersatz belangt werden könne. Bei solchen Beschädigungen durch die eignen Gehülfen wird immer angenommen, daß sie durch die Vorsicht eines diligens paterfamilias hätten verhütet werden können und sie sind daher immer als durch Nachlässigkeit des Custodienten verschuldet anzusehen.

Lassen wir zunächst die Quellen selber reden. Dieser Satz findet sich ausgesprochen in zwei Stellen, die erste ist l. 20 § 2 D. praescr. verb. 19, 5:

Si quum emere argentum velles, vascularius ad te detuerit et reliquerit, et quum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia ejus quoque causa sit missum. *Certe culpam eorum, quibus custodiendum*, perferendumve *dederis, praestare te oportere*, Labeo ait; et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere. (Ulpian.)

Derjenige, welcher eine Sache utriusque causa et dantis et accipientis ad inspiciendum, z. B. eines von beiden

beabsichtigten Kaufhandels halber empfangen hat, muß nach l. 17 § 2 eod. custodiam exactam, also die höchste Sorgfalt in der Behütung der Sache vor Beschädigung prästiren. Wenn diese Sorgfalt nicht verhindern konnte, daß die Sache unterging oder Schaden litt, si sine dolo malo et culpa perierit, so ist er durch unverschuldete Unmöglichkeit liberirt. Bis dahin ist die Stelle in sich völlig klar, dann folgt ein Schlußsatz, der mit so manchen andern Gesetzen, wie z. B. l. 10 § 1—l. 12 D. comm. 13, 6, scheinbar gar nicht stimmen will. Hasse und Ubbelohde [53]) wollen sich so mit ihm abfinden, daß sie annehmen, Ulpian habe gesagt, der Empfänger hafte für die culpa seiner Leute, soweit ihn rücksichtlich ihrer ein Vorwurf treffe, nämlich eine culpa in eligendo. Sie fassen dann den Schlußsatz nicht als zur Erläuterung des ersteren bestimmt auf, sondern finden in ihm vielmehr einen neuen Satz, der durch die Zusammenhaltung mit jenem seine volle Klarheit empfange, gewissermaßen durch ihn bestimmt und bedingt sei.

Diese Auffassung dürfte sich indeß wohl schwerlich mit dem Sinne der gebrauchten Worte vereinigen lassen, sondern sie steht auch mit dem logischen Zusammenhange der Stelle in Widerspruch.

In dem certe, „gewiß, wenigstens, doch", liegt immer eine Versicherung und Bekräftigung; wer einen Satz mit certe einleitet, will damit den ausgesprochenen Gedanken für gewiß, unbestreitbar hinstellen und zwar nicht bloß in einzelnen Theilen, sondern in seinem vollen Umfange; er nimmt für das, was er sagt, die volle Autorität eines unbestreitbaren Axioms ohne Reservationen und Hinterhalte in Anspruch und beabsichtigt bei dem Hörer den Glauben an die Unerschütterlichkeit desselben zu erwecken. Es kann demnach, weil nicht ein beschränkender Zusatz ausdrücklich gemacht worden, die mit certe anfangende Periode nur ihrem ganzen Inhalte nach für wahr genommen werden.

---

[53]) a. a. O.

Verfolgt man den Gedankengang Ulpians in der l. 20 § 2, so wird man finden, daß mit ihm jene Auffassung unverträglich ist. Nachdem er gesagt hatte, Untergang des empfangenen Silbers ohne eigne Schuld befreie den Debitor von der Rückgabe, mußte er sich sehr natürlich die Frage stellen, wann könne der Empfänger als in Schuld befindlich angesehen werden. Hierauf lautet nun die Antwort: wenn die, quibus custodiendum dederit, welche er verwendet zur Verwaltung der ihm obliegenden Pflicht zur Fürsorge, in culpa sind, so sei er selbst auch in culpa. Offenbar sollte durch die Schlußperiode die vorhergehende näher erörtert und erläutert werden, nicht umgekehrt jene durch diese. Hätte Ulpian Nichts weiter sagen wollen, als daß der Debitor entschädigen müsse, wenn er kulpos hinsichtlich der Mittel zur Ausführung der custodia verfahren habe, so würde er ja nur wiederholt haben mit großem Aufwand von Worten, was er schon einmal versichert hatte. Es ist um so weniger anzunehmen, daß die Verantwortlichkeit des Schuldners für die custodes auf den Fall einer culpa in eligendo beschränkt sein solle, da dieses in der ganzen Stelle nicht im Entferntesten auch nur angedeutet wird.

Somit ist der Rechtssatz in der l. 20 § 2 ausgesprochen, daß der Debitor, der exactissima custodia zu leisten verbunden ist, für die Beschädigungen, welche der ihm anvertrauten Sache durch die von ihm bestellten Wächter — quibus custodiendum dederit — zugefügt worden, dem Gläubiger Schadensersatz schuldig sei, weil er eben dadurch, daß diese kulpos gehandelt haben, in culpa sich befindet.

Endlich ist anzuführen die l. 41 D. loc. 19, 2, welche das damnum injuria datum eines Gehülfen in custodiendo speciell behandelt. Wenn in l. 19 D. comm. 13, 6 geläugnet wird, daß der Custodient, obgleich er summa diligentia zu gewähren habe, für das damnum injuria datum, für die aquilische culpa Anderer einstehen müsse,

Ad eos qui servandum aliquid conducunt aut uten-

dum accipiunt damnum injuria ab alio datum non pertinere, procul dubio est; qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis injuria det?

weil eine solche gar nicht zu verhindern sei, legt dagegen die l. 41 cit. demselben die Verantwortlichkeit für dieselbe auf, in dem Fall, daß sie von einem custos begangen worden.

Sed de damno ab alio dato agi cum eo [54]) non posse, Julianus ait; qua enim custodia consequi potuit, ne damnum injuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, *sive ipse custos damnum dedit;* quae sententia Marcelli probanda est.

Zwei Fälle sind es nach dieser Stelle, in welchen der Debitor für die Beschädigung der zu kustodirenden Sache dem Gläubiger Ersatz leisten muß. Diese sind, wenn er selbst betreffs der Bewachung in culpa sich befand, die Sache so schlecht verwahrte, daß ein Fremder hinzukommen und sie beschädigen konnte und ferner, wenn ein custos, Jemand, der mit der Bewachung betraut war, unangesehn ob Sklave des Debitors oder nicht, sie beschädigte. Die Trennung beider Fälle durch die Partikel sive läßt den Gedanken nicht aufkommen, als ständen die beiden Glieder der Eintheilung in verschiedenem Verhältnisse zu dem Ganzen, dessen Theile sie sind, als wären sie nicht unter sich völlig gleich, sodaß etwa das zweite Glied im ersteren theilweise mit enthalten wäre. Da beide Fälle ganz gleichgestellt werden, im ersteren aber untersucht wird, ob in concreto der Debitor kulpos gehan-

---

[54]) Diese l. 41 steht in unmittelbarem Zusammenhange mit der vorhergehenden l. 40, welche lautet: qui mercedem accipit pro custodia alicujus rei, is hujus periculum custodiae praestat. Periculum custodiae praestare heißt nach Hasse a. a. O. S. 331 und 538 für die Gefahr verantwortlich sein, welche durch custodia abgewandt werden kann, d. h. für die Gefahr des Verlustes durch levis culpa. Vgl. auch Mommsen, Beiträge I, § 21, S. 238.

delt hat, im zweiten aber davon Nichts verlautet, so müssen wir annehmen, daß in diesem Nichts darauf ankomme, ob der Debitor eine persönliche Schuld begangen habe, ob er im Stande gewesen sei, die Verletzung durch den custos zu verhüten oder nicht. Wir müssen glauben, der Rechtssatz habe gerade in dem Gewande, in welchem er vor uns erscheint, aufgestellt werden und gelten sollen, sodaß das Benehmen des Schuldners bei der Beschädigung durch den custos für völlig gleichgültig erachtet werden muß, er ist immer in culpa, wenn dieser damnum injuria det [55]).

Die einzige Stelle, welche den eben angeführten zu widersprechen scheint, ist die l. 11 D. de peric. et comm. 18, 6:

Si vendita insula combusta esset, quum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris? Respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit; quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.

An einen Widerspruch dieser Stelle mit der unmittelbar vorhergehenden darf man deshalb nicht denken, weil beide aus den Digesten von Alfenus Varus entnommen sind. Sie erklärt sich daraus, daß von der Verpflichtung eine Immobilie zu restituiren die Rede ist. Immobilien zu kustodiren ist Niemand verpflichtet [56]), denn diese kann Niemand verschließen und dadurch den Einwirkungen und Nachstellungen Dritter entziehen. Selbst nicht gegen die eignen, in seinem Dienst befindlichen Leute vermag ein Schuldner eine Immobilie zu schützen, da er unmöglich sie bei jedem Schritt begleiten kann, um durch seine unmittelbare Gegenwart und Aufsicht Nach-

---

[55]) Das Pronomen ipse hebt den zweiten Fall durch die Steigerung des Nachdrucks, welcher auf custos gelegt wird, noch mehr hervor und stellt den Gedanken desselben noch gewisser und sicherer, unbedingter hin.

[56]) Burchardi, System l. c. Mommsen, l. c. § 24 p. 275.

lässigkeiten und Unvorsichtigkeiten von ihrer Seite zu verhüten. Es ist indessen doch der Unterschied, daß, während der Besitzer eines Immobile, z. B. eines Hauses, der Bosheit oder der Fahrlässigkeit dritter Fremder gegenüber ganz und gar wehrlos ist und sich nur auf die allgemeine Achtung vor dem Eigenthum Anderer und die bürgerlichen Anstalten zum Schutz desselben verlassen kann, er gegen die eignen Leute, Familie, Dienstboten, seinerseits Etwas zu thun vermag, indem er wie ein sorgfältiger, vorsichtiger Hausherr bei der Aufnahme derselben ordentliche Aufsicht über sie führt. Während es bei Beschädigungen durch Erstere heißen muß, qua enim custodia consequi potuit, ne damnum injuria ab alio dari possit, ist, wenn sie durch Letztere zugefügt sind, die Untersuchung darauf anzustellen, ob der Hausherr durch Versäumung der ihm obliegenden Sorgfalt dieselben möglich gemacht habe. Er haftet nicht unbedingt für seine Leute, sondern nur, wenn er nachlässig in der Beaufsichtigung derselben war oder wenn er sie zu Dienstleistungen benutzte, für welche sie unfähig waren [57]).

Die Sachlage würde eine ganz veränderte Gestalt gewinnen, wenn der Debitor eines Immobile die Custodia desselben ausdrücklich übernommen hatte, wie z. B. in dem Fall der l. 55 pr. D. loc. 19, 2 und seine Custodienpflichten erfüllte durch seine Leute. Dann würde er unbedingt für sie einstehen müssen. Ohne Weiteres aber diejenigen, welche im Dienste des Schuldners stehen, für bestellte Aufseher zu halten ist man nicht berechtigt, es kommt vielmehr ganz auf die Natur der von ihnen zu leistenden Dienste an, nur dann, wenn diese gerade so beschaffen sind, daß ihnen die Unterstützung ihres Herrn in der custodia einer Sache obliegt, können die Leute als Gehülfen angesehen und behandelt werden, auch ohne daß ihnen ein specieller Befehl dazu geworden ist.

---

[57]) l. 27 § 9 D. ad leg. Aquil. 9, 2. l. 11 pr. D. loc. 19, 2. Preuß. Ld. R. I, tit. 6 § 60—65.

Das Resultat, welches sich aus den eben angeführten Quellenzeugnissen ergiebt, läßt sich etwa folgendermaßen zusammenfassen. Wegen der Versehen der Gehülfen eines zur Custodia Obligirten bei Erfüllung dieser Verpflichtung kann gegen ihn der Gläubiger mit der Klage aus dem Rechtsgeschäft, aus welchem die Pflicht zur Custodia entsprang, klagen, ohne Rücksicht darauf, ob der Debitor an dem einzelnen Vergehen die Schuld trägt. Und es kann sogar, wenn die Verschuldung der Gehülfen unter den Begriff eines damnum injuria datum fällt, die actio legis Aquiliae gegen ihn erhoben werden. Mit andern Worten, die Verschuldung der Gehülfen gilt wie eine eigne des Debitors. Der Betrag des Schadensersatzes ist gesetzlichen Gränzen nicht unterworfen; der Gläubiger kann jeden nachweislichen Schaden erstattet verlangen, da er sogar im Falle einer Aquilischen culpa ex lege Aquilia klagen kann, welche Klage auf das gesammte Interesse geht.

Es mag vielleicht dieser Rechtssatz nicht so sehr deshalb, weil er von der gemeinen Ansicht in sehr wesentlichen Stücken abweicht, auffällig erscheinen, als weil er den Schuldner in eine härtere, schlimmere Lage versetzt den von ihm geschuldeten Sachen gegenüber, mögen sie nun fremde oder eigne sein, als den eignen, die er nicht an Andere abzuliefern schuldig ist und weil er ihn gewissermaßen unverschuldet für Verlüste verantwortlich macht, die im konkreten Falle abzuwenden gar nicht in seiner Macht stand, z. B. wenn der Schuldner eine nothwendige Reise machen und aus diesem Grunde Andern die ihm geliehenen Bücher anvertrauen mußte. Der erste dieser beiden Einwände kann mit der Hinweisung auf l. 5 § 3 D. comm. 13, 6 [58]) als erledigt betrachtet werden, welche zeigt, daß ein Schuldner sehr wohl größeren Fleiß auf die Erhaltung

---

[58]) Proinde etsi incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, quum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit.

von ihm geschuldeter fremder, als auf die seiner eignen zu verwenden verpflichtet sein kann. Der zweite Grund hat allerdings eine etwas nachhaltigere Natur und er nöthigt uns nach der innern ratio jenes Rechtssatzes zu suchen.

Daß die strenge Haftung des Schuldners nicht darauf beruht, weil er etwa unzuläßiger Weise Gehülfen zur Erfüllung seiner Custodienpflichten zugezogen habe, wird wohl kaum einer Bemerkung bedürfen. Sind ihm nicht bestimmte Vorschriften in dieser Hinsicht gemacht, so wird jedes Mittel zur Erreichung des Ziels für erlaubt und zuständig gehalten werden müssen, um so mehr, wenn die custodia sich auf solche Objekte bezieht, welche die Benutzung fremder menschlicher Kräfte als nothwendig oder wenigstens doch als gewöhnlich, üblich erscheinen lassen, z. B. wenn Thiere zu kustodiren sind. Der Grund, daß der Custodient für die culpa seiner Gehülfen einstehen müsse, ist in die eigenthümliche Beschaffenheit der obligatio ad custodiendum zu setzen.

Ziel und Zweck der custodia ist zu bewirken, daß zu dem Zeitpunkte, wo sie beendigt wird, die kustodirte Sache unversehrt, unbeschädigt zur Disposition des Gläubigers vorhanden sei. Dies Ziel zu erreichen, diesen Erfolg herbeizuführen, darauf soll die Thätigkeit des Custodienten gerichtet sein. Es hat die obligatio ad custodiendum insofern etwas Verwandtes mit den Opusobligationen, als nicht unmittelbar die Thätigkeit des Schuldners, sondern der durch dieselbe hervorzubringende Erfolg geschuldet wird, wie es in l. 50 § 4 D. loc. 19, 2 von einem erweiterten pactum custodiae heißt, ut debitor rem incorruptam redderet. Ist der beabsichtigte Erfolg eingetreten, befindet sich das Schuldobjekt zur Zeit der Ablieferung in gutem Zustande bei dem Debitor, so hat er seine Verbindlichkeit erfüllt, ohne daß Etwas darauf ankäme, auf welche Weise, mit welchen Mitteln er dahin gelangt ist. Im entgegengesetzten Falle aber ist zu untersuchen, ob das Nichteintreten des Erfolges an dem Debitor gelegen hat, an resisti potuit.

Es ist ausschließlich Sache des Custodienten zu sehen, wie er den Erfolg, auf den seine Verpflichtung geht, herstelle. Welche Mittel er anwenden will, vorausgesetzt, daß sie an sich erlaubt sind, um zu bewirken, daß der ihm anvertraute Gegenstand keinen Schaden leide oder entwandt werde, steht bei ihm und ist er in der Anwendung derselben unbeschränkt. Umgekehrt muß er nun auch die Verantwortlichkeit tragen, wenn das angewandte Mittel sich unzulänglich, unbrauchbar bewies, sei es, daß es von Anfang an Nichts taugte oder im Verlaufe der Custodienzeit mangelhaft wurde. Denn nun ist es seine Schuld, wenn der beabsichtigte Erfolg nicht eintrat, sobald die mangelhafte Beschaffenheit des angewandten Mittels die Ursache war, daß er die Sache nicht im unbeschädigten Züstande dem Gläubiger zustellen konnte, weil er falsch gerechnet hat, indem er ein Mittel für ausreichend hielt, welches es nicht war. Einem diligens paterfamilias, dem Muster eines sorgfältigen Mannes kann es gar nicht passiren, daß er sich in der Beschaffenheit eines von ihm benutzten Mittels täuscht. Er wird immer das Verhältniß zwischen Mittel und Erfolg richtig berechnen und kein Mittel anwenden, durch welches der Erfolg nicht erreicht wird. Unzulänglich aber ist jedes Mittel, durch welches nicht verhütet werden konnte, daß die zu kustodirende Sache von Andern Schaden litt oder entwandt wurde.

Ein Gehülfe als Mittel, um eine gewisse Wirkung zu erzielen, zeichnet sich vor andern Mitteln dadurch aus, daß er kein mechanisches Werkzeug, sondern ein beseelter, selbstthätiger Mensch ist, welcher durch seine mit den Anweisungen des Principals harmonirende Thätigkeit zum Eintritt des Erfolgs, als durch die entgegengesetzte zum Ausbleiben desselben beizutragen vermag. Wie durch die Tüchtigkeit des Gehülfen auf der einen Seite die Gewißheit steigt, daß der beabsichtigte Zweck erreicht werde, so wächst auf der andern die Gefahr, durch die mangelhafte Beschaffenheit desselben, da in diesem Falle der Schuldner nicht bloß seine eigne Thätigkeit, sondern auch die seines Gehülfen zu leiten und für sie einzustehn hat.

Werden vom Schuldner Gehülfen zugezogen, durch deren Schuld das Objekt der Custodia beschädigt oder entwandt wird, so liegt es offenbar an ihm, daß der Erfolg, die Existenz der Sache im unversehrten Zustande, am Ablieferungstermin, ausgeblieben. Denn die Ursache des Nichteintritts ist unzweifelhaft die mangelhafte Beschaffenheit des gebrauchten Mittels. Der Beweis, daß der Gehülfe Nichts tauge, ist eben dadurch geführt, daß dargethan wird, durch seine Schuld sei eine Beschädigung oder Entwendung durch Andere möglich gewesen oder er habe selber kulposer Weise den Schaden zugefügt. Die Sache ist dann offenbar ebenso ungenügend verwahrt gewesen, als wenn sie in einen Behälter verschlossen worden, der Jedem zugänglich und leicht zu öffnen war.

Für die durch Nachlässigkeit seiner Gehülfen betreffs der geschuldeten Sache mittelst Entwendung oder Beschädigung zugefügten Nachtheile muß der Schuldner also unbedingt einstehn, weil es ein Verstoß gegen die diligentia eines homo frugi et diligens ist, wenn die Sache durch die Mangelhaftigkeit des angewandten Mittels Schaden nimmt. Hiermit ist auch zugleich die Tragweite dieses Satzes angegeben. Es muß immer eine Verschuldung der Gehülfen nachgewiesen werden, um die Schadensersatzpflicht des Schuldners zu begründen. Eine Verschuldung liegt aber vor, wenn sie entweder einen unzulässigen Gebrauch von der Sache gemacht haben (z. B. die Knechte benutzen ein ihrem Herrn geliehenes Reitpferd in der Erndte zum Ziehen) oder wenn sie bei einem an sich erlaubten Gebrauch nicht mit der gehörigen Vorsicht, d. h. mit der diligentia diligentissimi patrisfamilias zu Werke gegangen sind (z. B. das Pferd wird von einem Reitknecht auf einem schlechten Wege in so rascher Gangart geritten, daß es stürzt und ein Bein bricht). Soll dann aber die Haftung des Principals für seine Gehülfen auch auf die Fälle ausgedehnt werden, wenn sie die Sache stahlen oder raubten oder mit Anwendung von Gewalt gegen ihren Herrn beschädigten? Zwar die l. 41 D. loc. 19, 2 unterscheidet nicht, auf welche Weise das

damnum injuria datum stattgefunden habe, ob gewaltsam oder nicht. Allein wir werden doch die Verantwortlichkeit für die Gehülfen darauf beschränken müssen, soweit sie wirklich als Gehülfen in re custodienda angesehen werden können und dort die Gränze derselben zu setzen haben, wo diese Auffassung und Behandlung nicht mehr möglich ist.

Als Gehülfe Jemandes wird nur der gelten können, welcher einen auf die Abhängigkeit von fremden Willen gerichteten Willen hat, dessen Wille mit seiner auf den Vortheil eines Andern verwandten Thätigkeit in Conformität steht. Nimmt er einen entgegengesetzten, mit der Unterordnung unter fremde Disposition nicht verträglichen Willen an und bekräftigt er ihn durch eine äußere That, so hört er auf hinsichtlich seiner Handlung Gehülfe eines Andern zu sein. Demnach dauern die Funktionen eines Gehülfen in custodiendo auch nur so lange, als er eine Thätigkeit übt, wie sie der Beruf eines Wächters mit sich bringt, mag er im Uebrigen seinen Beruf gut oder schlecht, tüchtig oder nachlässig verwalten. Er ist nicht mehr als Wächter anzusehn, sobald er solche Handlungen vornimmt, welche mit der Handlungsweise eines solchen in Widerspruch sich befinden. Dadurch, daß er z. B. die Sache stiehlt, die ihm gerade anvertraut ist, um sie gegen Diebstahl zu schützen, oder daß er sie mit Gewalt dem Principal entreißt, um sie zu zerstören, setzt er sich in direkte Opposition mit seinen Pflichten. Er hebt eben dadurch sein Verhältniß zum Herrn auf, sein äußerlich dokumentirter Wille ist dem eines Gehülfen unmittelbar entgegengesetzt, er läugnet durch die Pflichtverletzung, durch sein Benehmen, welches mit den Verpflichtungen eines Gehülfen in custodiendo durchaus nicht vereinbar ist, daß er für einen Andern, zu dessen Vortheil, thätig werden müsse. Indem er solche Handlungen vornimmt, stellt er sich als selbstständiger, nur für sich selbst handelnder, Wirkungen und Erfolge nur für sich beabsichtigender Mensch hin. Es entspricht bloß der Billigkeit, daß, soweit das Gehülfenverhältniß durch die That des Gehülfen

aufgehoben ist, dasselbe auch nicht gegen den Principal als noch bestehend zur Anwendung gebracht werde. Daraus würde sich ergeben, daß nur solche Verschuldungen des Gehülfen den Schuldner obligiren, welche beruhen auf einer Vernachlässigung seiner Wächterpflichten, nicht aber diejenigen, welche unverträglich sind mit dem Verhältniß eines Wächters, und das sind die eigentlichen Delikte. Hinsichtlich dieser muß der custos behandelt werden, wie jeder Dritte, der in gar keinen Beziehungen zum Schuldner stand, so daß es, wenn es sich fragt, ob Verantwortlichkeit desselben oder nicht, nur darauf ankommt, ob er persönlich in culpa, ob er durch seine Maßregeln den Verlust des Gläubigers verschuldet, ob er die Sache gegen die Verletzung, die Entwendung durch den Gehülfen zu schützen im Stande gewesen. Es ist dann quaestio facti, ob der Diebstahl, die Verletzung zu hindern möglich war; gewaltsame Entführung und Verletzung werden regelmäßig unvermeidlich sein. Daher wird in l. 31 D. emti 19, 1 auch nicht unterschieden, ob der Raub von einem Gehülfen oder einem Fremden ausgegangen sei.

Si ea res, quam ex emto praestare debebam vi mihi ademta fuerit, quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae ejus praestari a me emtori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit.

Demjenigen, welcher nicht exactissima custodia, sondern nur dolus und culpa lata in custodiendo leistet, wird eine so umfassende Verpflichtung für die Versehen seiner Gehülfen nicht aufgebürdet. Einem gewöhnlichen Menschen, der leichte Unvorsichtigkeiten und Nachlässigkeiten sich zu Schulden kommen läßt, begegnet es wohl, daß er sich in der richtigen Beurtheilung eines Mittels täuscht, oder in der Anwendung desselben sich versieht. Es kann folglich ihm nicht sofort ein Versehn angerechnet werden, wenn die Ursache eines Verlustes die schlechte Beschaffenheit eines benutzten Mittels, z. B. die Nachlässigkeit, Saumseligkeit des Gehülfen war. Um den

Debitor verantwortlich machen zu können, muß nachgewiesen werden, daß die Anstellung und fortdauernde Verwendung des Gehülfen nur mit Beiseitesetzung aller gewöhnlichen Vorsicht und Aufmerksamkeit stattfinden konnte. Wenn die Verletzung der zu kustodirenden Sache durch den Gehülfen oder in Folge seiner Nachlässigkeit durch Dritte nur dadurch möglich war, daß der Debitor selbst gröblich gegen seine Pflicht zur Sorgfalt verstieß, dann ist er dem Gläubiger die erlittenen Verlüste zu vergüten schuldig. Preuß. Ld. R. I, tit. 14 § 106. Darnach wird sich die Anwendung machen auf solche Debitoren, welche nur diligentiam, qualem in suis rebus zu prästiren haben. Entweder sind sie sehr sorgfältig, dann müssen sie wie diligentes paterfamilias auch in Bezug auf die custodia behandelt werden, oder sie sind es nicht, dann ist zu untersuchen, wie sie sich gewöhnlich zu benehmen pflegen. Daß diese Untersuchung sehr schwierig werden kann, ist nicht zu läugnen, aber das ist immer der Fall, wo Jemand sein eigner Maßstab sein soll.

Während der Schuldner, welcher vermöge seiner Obligation eine Ortsveränderung mit dem geschuldeten Objekt vornehmen muß, nur für die sorgfältige Wahl der Gehülfen, nicht aber für die Folgen der Wahl einsteht, wird die Verantwortlichkeit des Custodienten für seine Gehülfen auf andere Grundlagen gestellt. Hier entscheidet nicht die culpa in eligendo, sondern die culpa in der Verwendung eines Mittels für einen gewissen Zweck, welche sowohl in der Auswahl, als in der fortgesetzten Benutzung des ausgewählten hervortreten kann. Der Grund davon ruht darin, daß in der ersteren eine Obligation die Verpflichtung des Schuldners auf seine Thätigkeit — eine Sache in Bewegung zu setzen, in der letzteren auf einen durch seine Thätigkeit zu prästirenden Erfolg — eine Sache unbeschädigt zu erhalten — geht.

In Holstein ist es üblich und in andern Ländern werden gewiß ähnliche Einrichtungen bestehen, daß die Kassenbeamten, welche größere Hebungen haben, unter dem Titel von Cassi-

rern, Gevollmächtigten, Leute engagiren, die für sie die Verrechnung, Einnahme und Verausgabung der gehobenen Gelder besorgen. Diese Gevollmächtigte sind keine öffentliche Beamte, sondern stehen in einem privatrechtlichen Verhältnisse zu dem Beamten, in dessen Diensten sie stehen. Und man kann sie daher als Gehülfen desselben bezeichnen, die ihm in der Erfüllung seiner Obligationen gegen den Staat unterstützen. Zu den Funktionen ihres Dienstes gehört namentlich die Aufsicht und Bewachung der erhobenen Gelder gegen Diebstahl, also das, was die Römer unter dem Begriff custodia zusammenfassen. Insofern auch ihrem Dienstherrn die Custodia über die Gelder obliegt, würden sie als von ihm bestellte custodes anzusehen sein. Folgeweise nach dem vorher Ausgeführten ist er dem Staat verantwortlich für jeden Verlust an den Geldern, welchen er durch Schuld jener Gehülfen erleidet, z. B. wenn sie Sachen beschädigen, die ihnen überliefert sind.

Fortsetzung.

§ 12.

Die Verpflichtung zur custodia beginnt immer, sobald eine Obligation auf Leistung einer species entstanden und diese species selber in die Detention des Schuldners gekommen ist. Sie endigt, falls nicht besondere Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner getroffen sind, mit der Zahlung der Sache an den ersteren. Die Zahlung besteht aus zwei juristisch zu trennenden Handlungen, der Ablieferung und dem Empfang, welche bisweilen in der Zeit sich so unmittelbar an einander schließen, daß ein Zwischenraum zwischen ihnen nicht zu entdecken ist, bisweilen aber zeitlich ganz auseinander fallen, indem der Empfang nicht sofort nach vollendeter Ablieferungshandlung vor sich gehen kann, weil z. B. die vom Schuldner ausgehende Ablieferung an einem andern Orte erfolgt als die Annahme des Gläubigers. Wer trägt nun in der Zwischenzeit, welche zwischen Ablieferung und Empfang verstreicht, weil das Schuldobjekt von einem

Orte nach dem andern hingeschafft werden muß, die custodia? Muß der Debitor, der laut seiner Obligation Custodia prästirt, sie auch für diesen Zeitraum gewähren?

Für die Regel dürfte dies in Abrede zu stellen und die Verpflichtung zur Custodia als erloschen anzusehn sein, sobald der Schuldner die Ablieferungshandlung der Sache Zahlungs halber vollendet hat. Vorausgesetzt, daß der Zeitraum, welcher zwischen der Ausantwortung und der Annahme der Sache verfließt, nicht durch Handlungen des Debitors verschuldet ist (z. B. weil er die Sache widerrechtlich zuvor an einen andern Ort gebracht hatte), sondern durch solche Umstände veranlaßt, welche außer seiner Verantwortung liegen, so ist auch kein Grund vorhanden, weshalb er während desselben die Gefahr der Sache übernehmen soll. Denn es ist nicht seine Schuld, daß der Gläubiger nicht sofort in dem Augenblick, in welchem die Ausantwortung geschehen, zu empfangen im Stande ist. Alles, was von Seiten des Schuldners gethan werden kann, ist, daß er die geschuldete Sache abliefere, d. h. sie in eine solche Lage bringe, daß sie vom Gläubiger in Empfang genommen werden kann. Die Ablieferungshandlung aber ist vollendet, sobald der Schuldner die Sache berechtigter Weise aus der Detention gegeben hat, damit die Empfangnahme desselben beginne; so lange er die Detention der Sache hat, muß er sie auch kustodiren. Der Gläubiger trägt die Gefahr in der Zeit, welche nach beendigter Ablieferung und vor dem Empfange verstreicht, z. B. wenn die Sache auf dem Transport vom Ablieferungsort nach dem Empfangsort Schaden leidet, oder wenn der Gläubiger nicht aus räumlichen, sondern aus persönlichen Hindernissen die Sache, welche am Ablieferungsorte bleibt, nicht sogleich empfangen kann. Daher erklärt sich sehr natürlich, daß der Commodatar, der die kommodirte Sache zurücksenden muß, nur für mangelhafte Auswahl des Boten haftet; seine Verpflichtung zur Custodia war beendigt in dem Moment, wo er die Sache dem Boten übergab.

Die Regel, daß die Custodienobligation endigt mit der

vom Schuldner vollendeten Ausantwortung der geschuldeten Sache, erleidet indeß erhebliche Ausnahmen, theils in Folge specieller Vereinbarung, durch welche der Schuldner die Custodia bis zum Empfang seitens des Gläubigers übernimmt, theils dauert sie vermöge der besondern Natur der Obligation bis zu dem eben bezeichneten Moment, nämlich wenn das Behalten einer Sache unter eine Resolutivbedingung gestellt ist. Einen solchen Fall enthält die l. 20 § 2 D. praescr. verb. 19, 5, die oben schon einmal angeführt worden ist.

Diese Stelle behandelt einen Innominatkontrakt do ut des. Es hat sich Jemand ein silbernes Gefäß zur Besichtigung ausgebeten zum Zweck eines darüber beabsichtigten Kaufhandels und auch erhalten. Die Vertragsbestimmungen sind, daß, wenn dies Gefäß gefalle, dasselbe gekauft, im entgegengesetzten Fall restituirt werden solle. Si quum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit, et quum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti. Von dem Entschluß des Empfängers ist es abhängig gemacht, ob ein Kauf über das Gefäß zu Stande komme oder nicht. Gewißheit aber über diesen Entschluß existirt erst, entweder wenn der Empfänger sein placet in verbindlicher Form erklärt oder die Sache an den Geber restituirt hat. Ausgenommen den Fall einer verbindenden Erklärung konstatirt bis zum wirklichen Empfange seitens des Gläubigers nicht, ob die Bedingung des placet oder displicet eintreten werde. Bis dahin kann der Empfänger seinen Willen beliebig ändern, einen Entschluß fassen, den gefaßten wieder aufgeben (z. B. den Boten, dem er die Sache zur Restitution übergeben hat, zurückrufen u. s. w.); erst in diesem Moment steht fest das displicet. Bis dahin hat er die ausschließliche Verfügung über die Sache, die er entweder gegen Zahlung des bedungenen Preises behalten oder restituiren kann, und so lange dauert also auch seine Verpflichtung zur Rückgabe, welche erst ein Ende nimmt mit dem wirklich erfolgten Empfange durch den Gläubiger. Folglich muß er bis zu diesem Zeitpunkte auch

die Custodia prästiren und zwar wie oben gezeigt ist, die exactissima.

Die Uebergabe jenes Gefäßes zur Ansicht ist offenbar ein Geschäft, welches im Interesse sowohl des Gebers als Empfängers abgeschlossen wird, da der Eine kaufen, der Andere verkaufen will. Nach dem durchstehend im Römischen Recht befolgten Princip, nach welchem der Schuldner, wenn die Obligation, aus welcher er verpflichtet wurde, in seinem Interesse eingegangen ist, bei dem Gläubiger, wenn im Interesse des Gläubigers, bei sich zahlen müsse, würde der Schuldner aus jenem Innominatkontrakt, der im beiderseitigen Interesse war, zwischen zwei Zahlungsorten die Wahl haben. Er könnte entweder bei sich zahlen d. h. abwarten, bis der Geber seine Sache wieder abholte, oder bei diesem, falls er es vorzieht, ohne hierdurch sich einer unbefugten widerrechtlichen Handlung schuldig zu machen. Auf diese Befugniß des Empfängers spielt Ulpian mit den Worten an: quia ejus quoque causa sit missum, ein Beisatz, durch welchen motivirt werden soll, weshalb der Empfänger nur dolus und culpa, nicht auch den casus prästire, wenn die Sache auf dem Wege zum Gläubiger hin Schaden leidet. Weil der Vertrag auch im Interesse des Gläubigers eingegangen, so war das mittere auch ejus quoque causa und folglich an sich nicht obligationswidrig. Wäre das mittere das letztere gewesen, so würde der Empfänger schon durch die bloße Handlung des mittere in culpa gewesen sein und hätte folglich auch die Gefahr des rein zufälligen Unterganges tragen müssen.

Welche von den beiden möglichen Zahlungsorten nun auch der Debitor wählen möge, so besteht seine Obligation zur Custodia fort, bis der Gläubiger die Sache in Empfang genommen hat. Zieht er es vor, sie diesem zurückzusenden, so muß er auch die Custodia übernehmen, so lange die Sache sich unterwegs befindet. Davon ist die Folge, daß er für die Boten in gleichem Umfange wie für custodes einsteht, d. h. jeden durch ihre Nachlässigkeit dem Gläubiger zugefügten

Schaden ersetzen muß. In der l. 20 § 2 werden daher der Bote und der Wächter einander ganz gleichgestellt, certe culpam eorum, *quibus custodiendum perferendumve dederis*, praestare te oportere, Labeo ait.

3. Verpflichtung zur Anfertigung einer species.

§ 13.

Die häufigsten unter den Obligationen auf eine res futura bilden die auf Leistung einer erst vom Schuldner anzufertigenden Sache. Wie es mit ihnen gehalten werde, wenn das Schuldobjekt bloß generisch bestimmt war, ist im § 7 bemerkt worden, es bleiben übrig die, welche auf eine species gerichtet sind. Wer eine Obligation eingeht auf Leistung einer von ihm herzustellenden species, verpflichtet sich aus dem Material, welches er zu diesem Zweck ganz oder der Hauptsache nach hergiebt, eine andere Sache anzufertigen, z. B. Jemand verkauft, schenkt, giebt als Mitgift ein Haus, welches noch erst gebaut werden soll, oder ein Fabrikant verkauft Waaren aus Wolle, Baumwolle, Leinen u. s. w., welche vorläufig noch als Rohstoffe auf seinem Lager ruhen. Die Obligation ist erfüllt, wenn der geschuldete Gegenstand zu rechter Zeit in guter Beschaffenheit abgeliefert wird.

Man muß unterscheiden zwischen dem Verschulden der Gehülfen des Schuldners, welche sich auf die Anfertigung beziehen und denen auf das benutzte Material bezüglichen. Alle Versehen seiner Leute, welche der Debitor bei der Anfertigung angestellt hatte, wodurch die Herstellung des opus berührt wird, indem z. B. durch die schlechte Arbeit die Verfertigung ganz ausgeschlossen oder nur eine schlechtere Qualität möglich wird, muß er vertreten wie seine eigenen, sobald sie vor der Vollendung begangen wurden. Vor der Perfektion existirt die Sache, mit welcher die Schuld gezahlt werden soll, noch gar nicht; da mithin völlige Unbestimmtheit des Leistungsobjekts vorhanden ist, befindet sich der Schuldner in derselben

Lage wie ein debitor generis vor der Zahlung. Wie dieser weder durch den verschuldeten, noch durch den kasuellen Untergang, zu welchem auch der durch dritte Personen z. B. Gehülfen bewirkte gehört, des Objekts, welches er für die Erfüllung bestimmt hatte, liberirt wird, so auch jener. Allen Schaden, welchen die anzufertigende Sache vor ihrer Vollendung erleidet, aus welchen Ursachen er immer herrühren mag, sei es daß die Anfertigung durch irgend einen Umstand völlig unmöglich gemacht oder nur in schlechterer Verfassung oder erst in späterer Zeit als ursprünglich festgesetzt war, erfolgen kann, allen Schaden muß der Debitor, welcher die fertige, vollendete Sache versprochen hat, tragen. Daher war eine Gegenleistung versprochen, z. B. ein Preis, kann diese nicht gefordert werden, l. 8 pr. D. de contr. emt. 18, 1, hat der Gläubiger durch die Verspätung der Erfüllung Nachtheil erlitten, z. B. wenn er die ihm geschuldete Sache weiter verkauft und ihre Lieferung unter einer Conventionalstrafe versprochen hatte, die er, weil er nicht liefern konnte, bezahlen mußte, so kann er auch diesen ersetzt verlangen [59]).

Die anzufertigende Sache als solche, nachdem bereits ein Stück vollendet war, kann ein Unfall treffen, ohne daß davon zugleich das Material, aus welchem sie hergestellt werden soll, Schaden leidet, wie z. B. wenn ein nachlässig gebautes Haus, ehe es fertig geworden, wieder einstürzt. Wie nun, wenn das Material durch Schuld der Gehülfen beschädigt worden, wer trägt diesen Schaden, der Gläubiger oder der Schuldner? In dieser Hinsicht würde es allerdings nicht ohne Bedeutung sein, ob das Arbeitsmaterial nur dem genus (Holz, Steine zu einem Bau) oder auch der species nach bestimmt

[59]) Der Code Napoléon, der sonst mit dem obigen Resultat übereinstimmt, weicht darin ab, daß er an die Stelle der Perfektion den der Lieferung setzt; Art. 1788. Geht in dem Falle, wo der Arbeiter den Stoff liefert, die Sache, auf welche Art es immer sei, vor der Ablieferung zu Grunde, so trifft der Verlust den Arbeiter, der Besteller sei denn in Verzug, die Sache zu übernehmen. Preuß. Land-R. Th. I, tit. 11 § 929.

war (die auch räumlich von der übrigen auf dem Lager befindlichen ausgeschiedene Quantität Wolle von bestimmter Qualität), da im ersteren Falle wegen der völligen Unbestimmtheit des Gegenstandes nie die Herstellung der fertigen Sache völlig unmöglich, sondern nur verzögert werden kann, was aber im andern Falle sehr wohl denkbar ist. Wenn der speciell bestimmte Stoff bei der Arbeit verdorben oder gänzlich ruinirt ist, so daß die daraus zu verfertigende Sache gar nicht, oder was dem in den Wirkungen fast gleich steht, in schlechterer Qualität hergestellt werden kann, so ist nun die Frage, ob die Unmöglichkeit vom Debitor verschuldet ist. Als culpa aber ist ihm zuzurechnen jede Unmöglichkeit, welche durch Schuld seiner Arbeiter bewirkt worden ist. Bisweilen mag die Verantwortlichkeit für die Arbeiter auf die Verpflichtung zur Custodia basirt werden können, wenn sie z. B. unachtsam mit den ihnen anvertrauten Gegenständen umgegangen sind; die Haftung aber für die Versehn bei der Arbeit kann immer darauf zurückgeführt werden, daß es Schuld des Unternehmers ist, sobald durch seine Arbeiter die Ausführung des opus unmöglich gemacht wird. Denn da er ein Resultat zu liefern hatte, so fällt es ihm zur Last, wenn die von ihm getroffenen Maßregeln, also die Anstellung und Verwendung von Arbeitern, die Ursache abgeben, daß das beabsichtigte Resultat ausblieb.

Mit der Vollendung erfolgt eine wesentliche Veränderung. Es existirt jetzt der Gegenstand, mit welchem allein und ausschließlich erfüllt werden konnte und erfüllt werden sollte. Von nun an geht die Gefahr des zufälligen Untergangs auf den Gläubiger über. Es unterscheidet sich fortan die Obligation in Nichts mehr von einer, welche ursprünglich auf eine bereits existirende Sache gerichtet war. Der Debitor hat die Verpflichtung zur Custodia und zur Ablieferung an den Gläubiger, inwiefern er aus diesen die Verschulden seiner Gehülfen vertreten muß, ist früher gezeigt worden [60].

---

[60]) Mommsen, l. c. § 31 Anm. 6, nimmt an, daß ein kasuelles Ereigniß, welches nach der Beendigung des opus, aber vor der Ablieferung

Der Vollendung der ganzen Sache steht, wenn Ablieferung nach Theilen des Ganzen ausgemacht war, die Perfektion eines Theiles gleich.

Obligation auf Leistung einer Sache in bestimmter Qualität.

§ 14.

Die Regel über die Haftung des Schuldners für die Gehülfen bei den Obligationen auf Lieferung einer Sache wird völlig umgestaltet durch das Versprechen einer bestimmten Qualität. Die Erwähnung gewisser Eigenschaften einer Sache in einem Vertrage ist, wenn sie nicht bloß dazu dienen soll, den Schuldgegenstand genauer zu beschreiben, ihn durch Angabe seiner Merkmale besser von andern derselben Art zu unterscheiden, bei Obligationen auf ein dare im eigentlichen Sinne dahin auszulegen, daß das Vorhandensein dieser Eigenschaften im Moment der Erfüllung der Schuld versprochen wird und für den Fall der Abwesenheit Schadensersatz, dessen Höhe und Betrag sich nach Lage der Sache verschieden gestalten kann [61]). Darauf, warum die geschuldete Sache die versprochene Beschaffenheit nicht an sich trage, ob in Folge von Naturereignissen, ob durch Schuld des Debitors oder seiner Gehülfen, die er bei der Erfüllung verwendete, wird keine Rücksicht genommen; der Umstand allein, daß sie im Augenblicke, wo erfüllt wird, nicht existiren, mochten sie vorher dagewesen sein oder nicht, genügt, um den Schuldner dem Gläubiger ersatzpflichtig zu machen.

---

eintritt, selbst dann den Schuldner nicht befreie, wenn die von ihm herzugebenden Materialien nur der Gattung nach bestimmt waren. Sollte das nicht zu weit gegangen sein? Eine species bleibt doch immer species, auch wenn sie aus Gattungssachen zusammengesetzt ist. Mommsen's Ansicht würde zutreffen, wenn die vollendete Sache, deshalb, weil sie aus nur generisch bestimmten Stoffen verfertigt wurde, selbst als eine generische angesehen werden müßte.

[61]) Mommsen, l. c. § 18, besonders S. 209 ff.

In gleichem Sinne darf die Zusicherung gewisser Eigenschaften bei Obligationen auf Restitution einer Sache nicht aufgefaßt werden. Eine solche Vereinbarung ist vielmehr zu behandeln wie ein Versicherungsvertrag, der Schuldner übernimmt es den Schaden zu tragen, wenn die zu restituirende Sache zur Ablieferungszeit sich nicht in dem Zustande befinden sollte, wie er versprochen worden. In welchem Umfange die Versicherung übernommen ist, das richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falls, namentlich ob gegen alle Beschädigungen oder nur gegen die gewisser Art, z. B. durch Feuer und Wasser, ob gegen jederlei Unfälle, auch die ungewöhnlichen, welche jeder menschlichen Kraft spotten, oder nur gegen die, welche häufiger sich zu ereignen pflegen. Ein Beispiel eines solchen Vertrages findet sich in l. 30 § 4 D. loc. 19, 2.

Colonus villam hac lege acceperat, ut *incorruptam redderet* praeter vim et vetustatem; coloni servus villam incendit non fortuito casu; non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse.

Dieselbe Wirkung, wie sie durch Vertrag mit dem Schuldner erreicht wurde, kann auch Folge gesetzlicher Bestimmung sein, indem die Restitutionsverbindlichkeit so normirt ist, daß die Restitution einer Sache in unversehrtem Zustande, so wie sie empfangen, erfolgen soll. Das ist der Fall bei der Obligation des Usufruktuars. Das Gesetz legt ihm die Pflicht auf, die Sache, deren Nießbrauch er zieht, wie ein bonus paterfamilias zu gebrauchen und sie namentlich vor dem Untergang und der Verschlechterung zu bewahren, damit er sie nach Beendigung des Nießbrauchs in guter Beschaffenheit zurückzugeben im Stande sei. Es wird auch diese Pflicht als custodia rei bezeichnet [62]). Der Usufruktuar wird folgeweise verantwortlich gemacht für die Schäden, welche die im Nießbrauch

---

[62]) l. 1 § 7, l. 2 D. usufruct. quemadm. cad. 7, 9.

befindliche Sache während der Dauer seines Rechts erlitten und genöthigt, den Schaden selbst wieder ausbessern zu lassen oder dem Eigenthümer dafür Ersatz zu zahlen. Indessen kommt es darauf sehr an, wie der Schaden entstanden sei: für den durch plötzlich eintretende Naturereignisse von unwiderstehlicher Gewalt, z. B. Sturm, Erdbeben oder durch die langsam stetig zehrende Macht der Zeit verursachten, braucht er keine Entschädigung zu geben, außer wenn die Beschädigung so unbedeutend ist, daß sie zu den regelmäßig vorkommenden Lasten gezählt werden muß [63]). Verletzungen aus diesen Ursachen zu hindern ist Niemandem möglich und würden den Eigenthümer bei eigner Benutzung getroffen haben, sie gelten als unverschuldet. Der von ihm verschuldete Untergang oder Verschlechterung der Sache verpflichtet den Usufruktuar; als verschuldet wird aber angesehen, wenn er durch suo suorumque facto veranlaßt ist. l. 65 pr. D. de usufr. 7, 1.

Sed quum usufructuarius debet, quod suo suorum que facto deterius factum sit, reficere, non est absolvendus, licet usumfructum derelinquere paratus sit; debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit et ipse facere.

Factum ist hier wie so häufig gleichbedeutend mit culpa factum zu nehmen und es ist nicht zu beziehen auf jede Handlung, welche zufällig eine Verschlechterung im Gefolge haben sollte. Denn sonst würde die Abnutzung, welche ein Haus durch das Bewohnen erleidet, auch zu denjenigen facta gezählt werden müssen, für welche Ersatz zu leisten wäre. Unter dem sui, für deren Handlungen der Usufruktuar, wie für seine eignen einstehn muß, sind ohne Zweifel die zu verstehen, welche er an dem Nießbrauch Theil nehmen läßt, indem sie entweder zu seiner Familie gehören oder indem er ihrer bedarf bei der Bewirthschaftung der Gegenstände seines Rechts. Daß seine Haftungspflicht auch auf ihre Handlungen ausgedehnt wird,

---

[63]) l. 7 § 2, l. 65 § 1 D. de usufr. VII, 1; l. 9 § 3 D. 7, 9.

daß er sich in Beziehung auf sie nicht mit casus, unabwendbaren Zufall, entschuldigen kann, erklärt sich daraus, daß er sie in Beziehung zu der Sache gebracht hat und also es immer seine Schuld ist, wenn durch ihre Nachlässigkeit dieselbe Schaden leidet.

Eine ähnliche Bedeutung wie das Versprechen bestimmter Eigenschaften hat der Vertrag, durch welchen die Leistung einer Sache zum Inhalt einer Bedingung gemacht wird. Sollen die Folgen eintreten, welche an die erfüllte Bedingung geknüpft sind, so muß diese wirklich und in ihrem ganzen Umfange erfüllt sein; jene können nicht eintreten, wenn die Bedingung ausgeblieben ist, welche Ursachen dem Deficiren immer zu Grunde liegen mögen. Hat sich z. B. Jemand unter einer Conventionalstrafe verpflichtet, eine Sache zu einem verabredeten Termine oder an einem gewissen Orte zu leisten, so ist die Strafe verfallen, wenn nicht am Zahltage oder am Zahlungsort geleistet worden ist, einerlei, ob die Erfüllung durch Umstände, welche in seiner Gewalt standen oder durch andere, denen er nicht gebieten konnte, für den Debitor unmöglich geworden ist. Ob eigne Schuld, ob die seiner Gehülfen, ob Handlungen Dritter oder Naturereignisse die Ursache waren, daß die Zahlung, so wie vereinbart worden, nicht erfolgte, darauf kommt Nichts an, wenn es sich bloß darum handelt, ob die Bedingung erfüllt ist oder nicht [64]).

---

[64]) Sehr von den gewöhnlichen Regeln abweichende Grundsätze über die Haftung für dritte Personen hatte das ädilitische Edikt aufgestellt; die Aedilen edicirten, daß der Käufer, wenn er Redhibition des Kaufs erlangen wolle, ersetzen müsse, si quid post venditionem traditionemque emtoris opera, familiae procuratorisve ejus factum erit. Der Käufer, der den Kauf wieder aufzulösen wünscht, muß sich gewissermaßen als den Verwalter fremden Guts ansehen, der daher zur höchsten Sorgfalt verpflichtet ist und Alles vermeiden muß, was den Eigenthümer gefährden könnte, um so mehr, da er es in seiner Gewalt hat, sich jederzeit von der Sache loszumachen. l. 31 § 12 D. de aedil. ed. 21, 1. Diese Pflicht zur Vorsicht hat er nicht erfüllt, si in aliquo deterior factus sit servus, sive ipse deteriorem eum fecit, sive familia ejus, sive procurator l. 23 pr. l. 25 pr. § 1 eod. und in diesem Fall muß er bei der Red-

hibition dem Verkäufer für die Verschlechterung Entschädigung leisten. Dagegen bleiben die ädilitischen Klagen erhalten, si sine culpa emtoris familiae ejus vel procuratoris mortuus sit (homo) l. 47 § 1, l. 48 pr. eod.

Unter der familia wurden Alle begriffen, welche in der potestas des Käufers standen, also von ihm abhängig waren; für die familia ist er unbedingt einzustehn verbunden, l. 25 § 2, l. 31 § 15 eod. Hinsichtlich der Prokuratoren wird unterschieden, ob ihnen universa negotia übertragen, wie den Vormündern, Curatoren, oder ob sie nur für ein einzelnes Geschäft bestellt waren. Die Handlungen der ersteren obligiren den Käufer wieder unbedingt, während er durch die procuratores unius negotii nur in dem Fall verpflichtet wird, wenn ihnen id ipsum negotium, propter quod deterius factum sit, mandatum est, l. 25 § 3, l. 31 § 14 eod. Diese strenge Haftung dauert bis zum judicium acceptum, d. h. bis die Redhibition geltend gemacht ist; nachher kommen die gewöhnlichen Grundsätze zur Anwendung, l. 25 § 8, l. 31 § 13 eod.

Das den Bestimmungen des ädilitischen Edikts zu Grunde liegende Princip ist, daß, wenn der Kauf redhibirt ist, Alles wieder in den früheren Zustand beim Abschluß des Kaufs zurückgebracht werden muß, und daß dieses Resultat nicht dadurch vereitelt werden darf, weil die gekaufte Sache in die Hände des Käufers oder Eines, der vermöge der potestas oder eines Obligationsverhältnisses ihn vertritt, gekommen ist. Allen Schaden, welchen die Sache deshalb erlitten hat, weil sie an diesen Käufer verkauft wurde, den soll dieser tragen. Man kann von diesem Gedanken keine Anwendung machen auf die Haftung eines Schuldners für seine Gehülfen bei Erfüllung einer Schuld, theils darum nicht, weil jene Sätze nur gelten, so lange eine Restitutionsverbindlichkeit noch nicht existirt, welche erst mit der geforderten Redhibition ins Leben tritt — daß der Käufer es in seiner Hand sie jederzeit entstehen zu machen, steht doch der wirklich begründeten nicht gleich — nach Begründung derselben aber cessiren, theils aus dem Grunde nicht, weil es sich bei Erfüllung einer Schuld nicht um Vernichtung eines an sich rechtlichen Akts und Wiederherstellung des Zustandes bei Abschluß desselben handelt.

Viertes Capitel.

Obligationen auf Dienstleistungen.

Allgemeines.

§ 15.

Die zweite Klasse von Obligationen, mit denen sich unsere Betrachtung zu beschäftigen hat, sind die auf ein facere im engern Sinn gerichteten. Der Gegenstand der Leistung besteht nicht in Diensten, welche verwandt werden, um Jemandem eine Sache zu verschaffen oder in Beziehung auf die Leistung einer Sache gesetzt sind, sondern in solchen, durch welche irgend ein anderer Zweck erreicht werden soll. Die Arbeit als solche, die Anstrengung der geistigen oder körperlichen Kräfte Jemandes, nicht als Mittel, als untergeordnet der Leistung einer Sache macht den Inhalt der Obligation aus. Diese Obligationen zerfallen wiederum in zwei Klassen:

1) die Obligationen auf operae, auf das Arbeiten. Die Formen, in welchen diese im Verkehr vorkommen, sind zweifach:

a. die eine ist, daß Jemand Arbeiten zu leisten sich verpflichtet,

b. die andere, daß er die Dienste einer Person verspricht,

2) die Obligationen auf ein opus, auf ein durch geleistete Arbeiten herzustellendes Resultat.

1. Obligationen auf operae.

A. Versprechen von Arbeiten.

§ 16.

Das Wesen der Obligationen auf Arbeiten liegt darin, daß der Schuldner seine geistigen oder körperlichen Kräfte, vielfach beide zugleich in Bewegung setzen und häufig auch längere Zeit in Bewegung erhalten soll in einer ihm durch die Obligation vorgezeichneten Richtung. Wie bei den Sachobligationen hat der Schuldner sich nur verpflichtet, thätig zu

werden, und nicht hat er sich zu einem durch seine Thätigkeit zü erzielendem Erfolge anheischig gemacht. Da er nach der Beschaffenheit seiner Verbindlichkeit eine gewisse Sorgfalt aufzuwenden hat, damit die schuldige Arbeit ordentlich, richtig und gut geleistet werde, so kann dieselbe sich nur beziehen auf sein Thun darin, daß er bei der Vornahme der einzelnen Handlungen mit Sorgfalt verfahre. Die Unterlassung der Sorgfalt begründet die Pflicht zum Schadensersatz, während, wenn alle schuldige Sorgfalt aufgewandt und trotzdem das Ziel der Arbeit nicht erreicht wird, der Debitor durch kasuelle Unmöglichkeit entschuldigt wird.

Die Sorgfalt, der Fleiß, welchen der Schuldner bethätigen soll, kann sich nun möglicherweise beziehen:

1) auf den Gegenstand der Arbeit, wenn auch dieser in die Willkühr des Schuldners gestellt ist, wie z. B. wenn dem Vormund, dem Curator eines Vermögens nur im Allgemeinen das Ziel ihrer Thätigkeit vorgeschrieben, im Uebrigen es ihnen aber vollständig überlassen ist, welche Geschäfte sie abschließen, welche Handlungen sie vornehmen wollen.

2) kann dem Debitor auch die Art und Weise der Ausführung der übernommenen Arbeit zu bestimmen anheimgestellt sein, indem ihm bloß das Ziel gesteckt ist, z. B. dem Commissionär ist bloß aufgegeben 1000 Tonnen Weizen zum Maximalpreise von 5 Thalern pr. Tonne zu kaufen.

3) endlich kann Gegenstand der aufzuwendenden Sorgfalt das Mittel sein, dessen sich der Schuldner bedient, um die ihm obliegende Arbeit auszuführen. Es herrscht hier derselbe Unterschied zwischen den möglichen Werkzeugen, welcher bereits im § 9 bemerkt wurde. Einige sind so beschaffen, daß derjenige, welcher sie anwendet, auch bei ihrem Gebrauche sie völlig beherrscht und in seiner Gewalt hat, so daß durch sie Nichts wider seinen Willen, sondern nur das, was er durch sie wirken will, geschehen kann. Dies ist der Fall bei den leblosen Werkzeugen. Hier ist mithin eine schadenstiftende Handlung, welche dem Debitor imputirt werden soll, nicht denkbar ohne eine

culpa desselben in der Handlung selbst, weil er das thätige Subjekt ist. Die belebten, mit Willen und Bewußtsein begabten Instrumente, d. h. die menschlichen Gehülfen sind dagegen dem Willen dessen, der sie benutzt, nicht in dem Grade unterthan. Die Einwirkung von ihrer Seite auf die Arbeit, zu welcher sie benutzt werden, auszuschließen ist nicht möglich und daher auch nicht zu verhüten, daß durch ihre Schuld die zu verrichtende Arbeit gar nicht oder nur schlecht ausgeführt werde, ohne daß der Schuldner selbst unmittelbar an der schadenstiftenden Handlung Theil hat. Die Herrschaft dessen, der einen Gehülfen zur Ausführung einer ihm obliegenden Arbeit anstellt, über denselben endigt mit der Anstellung, er kann die einzelnen Handlungen desselben nicht so regieren und leiten, daß er die eigene Individualität, seine bessere Kenntniß oder größere Vorsicht zur Geltung zu bringen vermöchte. Der Gehülfe ist sein eigner Herr, in seinen Handlungen machen sich seine Eigenschaften, Geschicklichkeit, Geschäftskunde, Sorgfalt geltend, da er der unmittelbare Urheber derselben ist. Da die Pflicht zur Sorgfalt Jemandes nie weiter geht, als die Möglichkeit der Beherrschung der Thatsachen durch menschlichen Willen und menschliche Kräfte reicht, so ist die Sorgfalt erschöpft, mit dem Augenblick, wo der Gehülfe in Thätigkeit gesetzt ist, d. h. mit der Anstellung. Seine Sorgfalt, welche er als Debitor beweisen soll, kann nur darin hervortreten, daß er bei der Anstellung mit Vorsicht verfahre oder was dasselbe sagen will, daß er sorgfältig in der Auswahl des Gehülfen zu Werke gehe. Für die angestellten Gehülfen ist daher jeder Dibitor nur insofern verantwortlich, als ihm ein Vorwurf in Betreff der Wahl gemacht werden kann; ist er hierin sorgfältig gewesen, nach dem Grade der Aufmerksamkeit, der von ihm als Debitor prästirt werden muß, so ist er aller Haftung ledig, vorausgesetzt natürlich, daß er zur Verwendung von Gehülfen berechtigt war. Schäden und Verletzungen, welche durch sorgfältige Wahl nicht verhütet werden konnten, treffen als rein kasuelle den Gläubiger.

Es werden diese Sätze in mehreren Anwendungen in den Quellen gelehrt. Rücksicht darauf, welches Maß von Diligenz ein Schuldner zu prästiren habe, wird nur insofern genommen, als daß niemals ein Verpflichtungsgrund für ihn anders als aus nicht sorgfältiger Wahl entstehen kann.

Zunächst ist l. 21 § 3 D. neg. gest. 3, 5:

Mandatu tuo negotia mea Lutius Titius gessit; quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris, non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, *sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi praestes.* (Paul.)

Der negotiorum gestor ist zur höchsten Sorgfalt verpflichtet in der Ausführung der von ihm freiwillig übernommenen Geschäfte. Ist er unvorsichtig in der Wahl dessen gewesen, den er beauftragte, die übernommenen Geschäfte für ihn auszuführen, so soll er allen Schaden zu ersetzen pflichtig sein, welchen Unachtsamkeit und Nachlässigkeit des Mandatars dem dominus negotiorum zugefügt haben; im entgegengesetzten Falle steht er nicht für die Geschäftsführung desselben ein, daß sie ordentlich geschehe und einen günstigen Ausgang nehme, er kann vielmehr, wie die Stelle andeutet, den dominus negotiorum auf den Gehülfen verweisen, d. h. er muß ihm die aus dem Mandat erworbenen Ansprüche abtreten.

Die gleiche Entscheidung wird ausgesprochen in l. 45 § 1 D. fam. herc. 10, 2:

Dolus quem servus heredis admisit, in judicium familiae herciscundae non venit, nisi si domini culpa in hoc erat, quod non idoneum servum rei communi applicuerit.

Der Erbe, welcher ohne seinen Willen in eine Gemeinschaft mit den übrigen Erben gerathen ist, soll nur diligentia qualem in suis rebus gewähren. Bei der Besorgung der Erbschaftsgeschäfte darf er sich ohne Zweifel auch fremder Kräfte bedienen. Ist er sorgsam in der Auswahl des Gehülfen zu Werke gegangen, so treffen die Verlüste, welche durch die

Schuld des Gehülfen entstehen, nicht ihn ausschließlich, sondern die Miterben gleichmäßig, in judicium familiae herciscundae non venit, d. h. es kann ein Anspruch auf Ersatz darauf hin von den Miterben nicht erhoben werden. Den Schaden dagegen, welcher aus einer unüberlegten, unvorsichtigen Anstellung des Sklaven in Erbschaftsangelegenheiten entsteht, muß der Miterbe, von dem die Verwendung ausging, allein tragen.

Nach Römischem Recht wird, wie die angeführten Stellen zeigen, die culpa in eligendo wie jede andere culpa des Debitors behandelt, d. h. sie begründet die Verpflichtung desselben zum Ersatz des gesammten Schadens, welchen der Gläubiger durch die Nichterfüllung der Obligation erlitten hat. Nicht nur sein direktes, sondern auch sein indirektes Interesse muß ihm erstattet werden.

Diese Sätze würden ohne Unterschied auf alle Obligationen anzuwenden sein, aus welchem Jemand sich zur Ausführung einer Arbeit verpflichtet hat, welcher Art diese immer sein mag, ob geistige oder körperliche. Daher würde z. B. Derjenige, welcher Auftrag erhalten und angenommen hat, ein Geschäft abzuschließen und sich eines Boten oder eines Procurators bedient, wenn das Geschäft unvollständig und mangelhaft zu Stande kommt, sich darauf berufen können, Sorgfalt in der Wahl des Boten oder Prokurators bewiesen zu haben. Und er würde aus diesem Grunde nicht nur selber frei von Ersatz für den dem Auftraggeber erwachsenen Schaden sein, sondern seinerseits sogar Erstattung der Ausgaben und Unkosten, welche ihm die Ausführung des Mandats verursacht hat, zu fordern berechtigt sein. Der unglückliche Ausgang der Wahl trifft allein und ausschließlich den Auftraggeber. Hiernach würde auch wohl die Frage zu erledigen sein, wer die Kosten der Ausfertigung eines Contrakts oder der Sollennisirung eines Rechtsgeschäfts trüge, wenn diese durch Schuld des Gerichts oder des Stellvertreters, welcher sie zu bewirken beauftragt war, mangelhaft und unvollkommen zu Stande kam, falls

nicht von einer Partei die Lieferung eines fertigen Contrakts übernommen wurde, wo nach Analogie der Obligation des Kaufs einer zu verfertigenden Sache zu entscheiden ist. Hatte der, welcher die Sollennisirung eines Geschäfts zu bewerkstelligen verpflichtet war, in der Wahl der Personen, deren Vermittelung er sich zu diesem Zwecke bediente, keine Unvorsichtigkeit begangen, so trägt nicht er die Kosten des unglücklichen Ausgangs, sondern der Gläubiger in dieser Obligation, der dann seinerseits Regreß nehmen kann gegen den eigentlichen Urheber des Schadens. Daher würde z. B. ein Kaufmann, dem ein Wechsel von einem Geschäftsfreunde zur Protesterhebung übersandt wird, nicht haften, wenn die Protestaufnahme durch Schuld des Notars mangelhaft geschah. Sehr häufig ist aber die Sollennisirung eines Geschäfts sowohl im Interesse des Gläubigers als des Schuldners, die sich in der Obligation auf Vollendung des Geschäfts gegenüberstehen (wenn sie zugleich die Parteien dieses Geschäfts sind). Hat z. B. der Käufer die schriftliche Ausfertigung des Kaufkontrakts zu bewirken übernommen, so ist er ohne besondere Verabredung, z. B. Uebernahme auf eigne Kosten, nur Debitor für den Antheil des Verkäufers. Die Kosten der verfehlten Ausfertigung müßten daher auf Beide repartirt werden.

Nach diesen Grundsätzen ist auch die Haftung des Spediteurs für die Frachtführer zu beurtheilen, deren er sich bedient zum Versand der von ihm spedirten Güter. Der Spediteur steht zwischen einem procurator ad contrahendum und dem Frachtführer in der Mitte. Von jenem unterscheidet er sich dadurch, daß er nicht bloß den Frachtkontrakt abschließt [65]), von diesem, daß er den Transport von Gütern nicht selber ausführt. Der Spediteur übernimmt aus einem Mandat die Verpflichtung Güter von einem Orte nach einem andern zu besorgen [66]) und die zu diesem Zweck nöthigen Anstalten zu

---

[65]) Entw. d. allgem. d. Handelsgesch. Art. 366.
[66]) Ebendas. Art. 356.

treffen und besonders die Frachtführer zu engagiren. Seine Obligation geht also darauf, seine Thätigkeit dahin zu richten, daß die Güterversendung ins Werk gesetzt werde. In der Richtung dieser Thätigkeit ist er Sorgfalt aufzuwenden verbunden. Diese Sorgfalt muß sich namentlich äußern in Beziehung auf die Transportmittel, die er benutzen will; sie ist aber beschränkt auf die Wahl; ist in Betreff der Wahl gegen ihn kein Vorwurf zu erheben, so steht er nicht für die Verlüste ein, welchen die Güter auf dem Transport durch Schuld der Güterführer erleiden, wie ihm umgekehrt die Versäumniß der erforderlichen Vorsicht für allen Schaden verantwortlich macht [67]). Der Spediteur kann zugleich auch als Frachtführer auftreten, d. h. den Transport der von ihm spedirten Güter selber übernehmen, in diesem Fall erweitern sich seine Pflichten, da die Verantwortlichkeit eines Frachtführers auf ihn übergeht [68]).

So ordnet in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts, nach welchem der Speditionsvertrag den Regeln des Mandats unterliegt, der Entwurf des deutschen allgemeinen Handelsgesetzbuchs die Haftung der Spediteure für die von ihnen engagirten Frachtführer [69]). Dagegen hatte der preußische Entwurf im Art. 300 die Haftung ganz anders, viel umfassender normirt; dieser Artikel lautete: Der Spediteur haftet für den Frachtführer und den Zwischenspediteur, insofern ihm nicht diese ausdrücklich vom Absender vorgeschrieben sind oder vertragsmäßig etwas Anderes bestimmt ist. Und

---

[67]) Ebendas. Art. 357: Der Spediteur haftet für jeden Schaden, welcher — bei der Wahl der Frachtführer, Schiffer oder Zwischenspediteure und überhaupt bei der Ausführung der von ihm übernommenen Versendung der Güter entsteht. Vgl. auch Preuß. Ld. R. I, tit. 13 § 46.

[68]) Art. 362: Der Spediteur ist, wenn nicht ein Anderes bestimmt ist, befugt, den Transport der Güter selbst auszuführen.

Wenn er sich dieser Befugniß bedient, so hat er zugleich die Rechte und Pflichten eines Frachtführers.

[69]) Pöhl's Handelsrecht I, S. 279; Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht Heft I, S. 34.

diese aus dem französischen Recht [70]) entnommene Bestimmung haben mehrere Staaten recipirt [71]). Die Gründe, welche in den Motiven des Entwurfs für diese Bestimmung angegeben worden sind, daß „dem Spediteur durch seine Geschäftsverbindungen die Möglichkeit und Veranlassung gegeben sei, nicht allein zuverlässige und vorsichtige Zwischenpersonen auszuwählen, sondern auch während des Transports eine gewisse Aufsicht über dieselben zu führen und sich die Beweismittel über ihre etwanige Verschuldung zu verschaffen, Möglichkeiten, welche für den Versender nicht gegeben seien und ferner, daß es wünschenswerth sei das heimische Recht mit dem der Nachbarstaaten in Uebereinstimmung zu setzen".

„Zur Bequemlichkeit der Reisenden, zur größeren Sicherheit der Reisenden" [72]) sind auf den Eisenbahnstationen von den Bahnverwaltungen (ebenfalls auch an den Abgangs- und Ankunftsorten der Posten, Dampfschiffe von den Unternehmern) Gepäckträger und Güterführer angestellt, welche die Sachen, Gepäck und Güter, welche mit der Eisenbahn gegangen sind oder gehen sollen, nach oder von den Bahnhöfen bringen. Aus dem Transportvertrag kann regelmäßig wegen der Verschuldungen z. B. Beschädigung der Güter, verspätete Ablieferung, dieser Leute nicht gegen die Bahnverwaltung geklagt werden, da die Obligation aus demselben, falls Nichts Anderes ausgemacht worden, erst beginnt, wenn die mit der Eisenbahn zu versendenden Sachen in die dazu bestimmten Räume, Güterschuppen, Eisenbahnwagen, Gepäckbüreau, gebracht sind und endigt, sobald sie nach ausgeführtem Transport in die gleichnamigen Räume der Ankunftsstation abgeliefert sind. Die Besorgung von der Behausung des Absenders auf die Bahnhöfe und die Rückführung von diesen in die Behausung des Empfängers gehören nicht zum Transportgeschäft, sie müssen von

[70]) Code de commerce Art. 99.

[71]) Holländisches Handelsrecht Art. 89. Würtemberger Entw. Art. 175.

[72]) Koch, Eisenbahnen § 61 Note 21.

dem Absender resp. Empfänger auf eigne Rechnung und Gefahr beschafft werden [73]).

Wenn nicht, wie das Baiersche und Würtembergische Gesetz über die Benutzung der Staatseisenbahnen [74]) jede Gewährleistung der Bahnverwaltung in den Reglements ausdrücklich abgelehnt wird, so dürfte ihre Haftung nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts folgendermaßen zu bestimmen sein.

Mit Recht macht Koch a. a. O. darauf aufmerksam, daß die Gepäckträger und Güterführer an den Eisenbahnen nur für eigne Rechnung Geschäfte machen, daß ihnen die Bezahlung für die geleisteten Dienste selbstständig zufällt, ohne daß sie einen Theil davon an die Bahnverwaltung abzugeben hätten. Es kann, da diese selbst unmittelbar kein Interesse daran hat, ob Diejenigen, welche die Eisenbahn benutzen, ungefährdet mit ihren Sachen dahin und zurückgelangen können, in der Anweisung des Publikums sich der von der Bahnverwaltung angestellten Gepäckträger zu bedienen, um so weniger ein mandatum de contrahendo gefunden werden, als dabei nur das eigne Beste der Reisenden bzw. Verlader von Gütern beabsichtigt wird, sondern nur eine Rathsertheilung. Durch die Aufforderung sich mit jenen Bediensteten einzulassen übernimmt die Bahnverwaltung dem Publikum gegenüber keine andere Bürgschaft, als welche aus der Ertheilung eines Raths, den man zu geben nicht verpflichtet ist, hergeleitet werden kann. Sie haftet demnach nur, wenn sie entweder für die nachtheiligen Folgen ihres Raths einzustehn sich verpflichtete oder doloser Weise die Aufforderung an das Publikum richtete. Aus dem Grunde, daß die Gepäckträger resp. Güterführer in ihrem Dienste stehen, ihr eidlich verpflichtet sind und für die gewissenhafte Erfüllung ihrer Obliegenheiten Caution geleistet haben, wird man nicht eine umfangreichere Verpflichtung zu folgern

---

[73]) Koch ibid. § 57, § 61 Anm. 29.

[74]) Koch a. a. O. § 61 Anm. 20.

berechtigt sein, da auch bei diesen Einrichtungen die Vorstellung das Interesse des Publikums möglichst zu schützen, durch Abwendung der Gefahr und Sicherung wenigstens eines Fonds für etwanige Ersatzansprüche, obwaltet. Und man wird daher die Bahnverwaltung nicht einmal unbedingt für verpflichtet ansehen können, daß die Gepäckträger u. s. w. zuverlässige Leute sind; es ist Jedermanns eigne Sache sich vorzusehn. Engagirt daher ein Reisender einen Packträger, oder Jemand, der Waaren versenden will, einen Güterführer, so kann er Ansprüche aus der locatio conductio nur gegen diese erheben, nicht gegen die Bahnverwaltung. Andere Regeln kommen aber zur Anwendung, wenn die Bahnverwaltung es übernimmt, einen Packträger oder Güterführer zu engagiren, wie z. B. wenn ein Reisender auf der Ankunftsstation dem dazu angestellten Bahnbeamten, Güterexpedienten (Packmeister) sein Gepäck oder in Vertretung desselben den Gepäckschein übergeben hat, damit dieser dasselbe durch einen Packträger in die Behausung des Reisenden besorge. Hier steht die Bahnverwaltung in dem Verhältniß eines Spediteurs, welcher die Fortschaffung von Sachen besorgt, und der den Frachtvertrag mit dem Transportunternehmer abschließt; in diesem Falle haftet sie daher wie ein Spediteur für culpa in eligendo.

B. Versprechen der Dienste einer Person.

§ 17.

Wie der Verkehr wechselnde mannichfaltige Formen liebt, so sind die Obligationen auf ein facere auch nicht ausschließlich an die Eingehungsform gebunden, daß direkt die Ausführung von Arbeiten versprochen wird. Sie kann auch mittelbar übernommen werden, indem der Schuldner sich verbindlich macht eine Person dem Gläubiger zur Disposition zu stellen, welche für ihn arbeite. Eine Form der Obligationen, welche besonders bei Arbeiten, die eine längere Zeit hindurch dauern und eine mannichfaltige Thätigkeit des Arbeiters beanspruchen,

vorkommt. Von höchster Wichtigkeit ist es hierbei, in welcher Fassung der Vertrag abgeschlossen worden, ob er

1) auf eine bestimmte Person lautete, ob der Schuldner versprochen hat eine gewisse bezeichnete Person dem Gläubiger zu Gebote zu stellen, oder ob

2) eine bestimmte Person gar nicht verabredet ist, so daß es in der Wahl des Schuldners steht, wen er sistiren will.

Betrachten wir zunächst den ersten Fall.

Die Obligation, aus welcher sich Jemand verpflichtet hat einem Andern die Dienste einer bestimmten Person zu verschaffen, z. B. ein Fuhrherr vermiethet seinen Kutscher H zu einer Fahrt oder ein Handwerker oder Fabrikant seinen Gesellen, Gehülfen X zur Vornahme einer Reparatur, Aufstellung einer Maschine u. s. w., unterscheidet sich in wesentlichen Stücken von der, aus welcher Jemand eine Leistung, z. B. eine Sache zu verschaffen oder eine Arbeit vorzunehmen, durch einen vereinbarten Gehülfen auszuführen versprochen hat. Bei den letzteren Obligationen ist das Hauptobjekt der Verbindlichkeit die Leistung des Schuldners, sein dare oder facere, eine Nebenberedung bindet ihn, bei Erfüllung seiner Leistung sich der Mitwirkung bestimmter Gehülfen zu bedienen. Seine Obligation ist nur erfüllt, wenn der Gläubiger die versprochene Sache erhalten hat oder die schuldige Arbeit verrichtet ist, und es befreit ihn nie das Anerbieten oder die wirkliche Sistirung des Gehülfen, damit dieser die schuldige Leistung beschaffe. Jener Nebenberedung ist allein die Bedeutung zuzuschreiben, daß dadurch bloß die Qualität oder Quantität der Leistung des Schuldners modificirt wird. Jenachdem von dem verabredeten Gehülfen die Mitwirkung bei der Leistung erfolgt oder nicht, steigt diese oder sinkt im Werthe und es richtet sich namentlich darnach die Höhe des Schadensbetrages, welchen der Schuldner im Fall der Nichterfüllung zu zahlen hat. Vorzüglich zeigt sich die untergeordnete Bedeutung jener Vereinbarung darin, daß sie diesem nicht das Recht giebt, sich auf Unmöglichkeit der Leistung zu berufen, falls der bestimmte Gehülfe seine Mitwirkung versagt,

obwohl dieser Umstand, wenn es ihm grade auf die Verwendung dieses Gehülfen ankam, für den Gläubiger ein Grund werden kann, von der Obligation zurückzutreten.

Ein völlig anderes Verhältniß ist das, welches aus dem auf die Dienste einer bestimmten Person gerichteten Vertrage entspringt. Hier ist gerade diese bestimmte Person zum Gegenstande der Verpflichtung gemacht. Die Obligation ist nur erfüllt, wenn diese Dienste leistet und gar nicht, wenn ein Anderer. Der Promittent hat nicht seine, mit Hülfe eines Andern zu erfüllende Leistung versprochen, sondern die Dienste eines Andern, als principalen Gegenstand der Verpflichtung also, daß ein Anderer, als der Promittent, Etwas thun oder leisten werde an den Gläubiger. Es liegt mithin eine promissio facti alieni vor und es entsteht die Frage, ob ein solcher Vertrag nicht unter das Gesetz fällt, welches die Verträge für ungültig erklärt, wodurch die Leistung eines Dritten versprochen wird.

Die bona fides, welche es zum unbedingten Gesetz erhoben hatte, mehr auf den Geist als auf den Ausdruck, mehr auf das, was beabsichtigt worden, als auf das, was gesagt worden zu sehen, gebot dringend das Versprechen der Handlungen oder Dienste eines Dritten nur für einen unvollkommenen kurzen Ausdruck zu erklären und als die eigentliche Absicht der Contrahenten, welche nur unter einem unangemessenen Ausdruck sich verberge anzunehmen, das Versprechen, bewirken zu wollen, daß ein Dritter dem Gläubiger Etwas thue oder leiste, wenigstens dann, wenn der Promittent in der Lage war, die Handlungen des Dritten bewirken zu können, z. B. weil dieser in seiner potestas oder in einem obligatorischen Abhängigkeitsverhältniß zu ihm stand. Labeo, der Mann der freieren, kühneren Auffassung des Rechts that zuerst den Schritt, indem er den Vertrag auf die Dienstleistungen einer andern Person, als des kontrahirenden Schuldners so auslegte, als sei beabsichtigt worden, diese Person dem Gläubiger zu sistiren, und zu bewirken, daß sie dann Dienste leiste. Die

älteste Anwendung dieses Gedankens wurde auf die locatio conductio, einen contractus bonae fidei gemacht.

L. 60 § 7 D. loc. 19, 2: Servum meum mulionem conduxisti, negligentia ejus mulus tuus periit; si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem verso damnum tibi praestiturum dico, *sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestiturum, quam dolum et culpam meam abesse.* (Labeo). [75])

Nachdem dieser Grundsatz einmal aufgestellt war, wurde er auch auf andere Obligationen, als die locatio conductio ausgedehnt, so auf das constitutum [76]) und endlich auch auf die stricti juris obligationes, obwohl sich hier das Princip des strictum jus entgegenstellen mußte, nach welchem streng an den von den Contrahenten gebrauchten Ausdrücken festgehalten, keine Auslegung derselben zugelassen wurde, welche sich nicht schon aus dem gewöhnlichen Wortverstande ergab. Daher erklärt es sich, daß die Anwendung auf die Stipulation erst in der letzten Epoche der klassischen Jurisprudenz auf die Autorität von Ulpian und Paulus erfolgte [77]).

Genauere Bestimmungen darüber, was der Promittent zu leisten habe, wenn er alium aliquid daturum vel facturum versprochen hat, finden sich in der l. 83 pr. D. de V. O.

---

[75]) Der erste Theil der Stelle hat für die vorliegende Erörterung durchaus kein Interesse. Es wird die Frage behandelt, in wie weit der dominus verpflichtet werde durch seinen servus. Hat der Sklave seine eigenen Dienste vermiethet, so ist er selbst der Schuldner und es kann nur vermöge des Gewaltverhältnisses die Wirkung seiner Handlung auf den Herrn übertragen werden. Nur wird der dominus durch seine Sklaven nicht verpflichtet, außer wenn die Voraussetzungen der institoria oder exercitoria oder der andern actiones adjectitiae qualitatis vorliegen. Da von dem ersteren Nichts erwähnt wird in der Stelle, auch ein jussus domini nicht behauptet wird, so kann eine Klage gegen den dominus wegen der Handlungen seines Sklaven nur angestellt werden auf Grund der Ertheilung eines peculium oder einer in rem versio.

[76]) l. 14 § 2 D. de pec. const. 13, 5.

[77]) l. 31 pr. D. de V. O. 45, 1. von Ulpian, l. 83 pr. eod. und l. 19 D. rat. rem haberi 46, 8, beide von Paulus.

Er haftet, da bei Stipulationen nur dolus präſtirt wurde, dafür dolum abesse abfuturumque esse. Es iſt daher natürlich, daß wenn die Obligation auf einem bonae fidei contractus beruhte, aus welchem neben dem dolus auch für culpa eingeſtanden wird, der Debitor nicht nur zu gewähren hat, dolum abesse, ſondern auch culpam abesse. Auf dieſe Weiſe erklärt es ſich, daß der locator des Sklaven in l. 60 § 7 D. cit. dafür haftet, dolum et culpam suam abesse. Gleichwie aber die promissio dolum abesse ſo ausgelegt wird, daß darunter nicht bloß die Negative, die Abweſenheit des dolus, ſondern auch die Poſitive, die Sorgfalt den Zweck der Obligation zu erreichen, verſtanden werden muß,

> l. 83 pr. cit.: et qui spondet dolum malum abesse abfuturumque esse non simplex abnutivum spondet, *sed curaturum se, ut dolus malus absit.*

ſo muß auch die aus der Beſchaffenheit der Obligation des Vermiethers folgende Verpflichtung dolum et culpam abesse ſo aufgefaßt werden, als hätte er verſprochen, se curaturum ut dolus et culpa absit. Es genügt alſo nicht, daß derſelbe ſeinerſeits der Leiſtung des Dritten Nichts in den Weg ſtelle, ſondern er iſt ſogar ſchuldig, thätig zu werden, daß der Dritte leiſte, Alles aufzubieten, was ein diligens paterfamilias thun kann, um zu bewirken, daß der vermiethete Sklave für den Creditor arbeite. Hierbei wird von entſcheidender Wichtigkeit ſein, das Verhältniß, in welchem der Dritte zum Promittenten ſteht, ob dieſer ihm befehlen, alſo deſſen Siſtirung zu Gebote des Gläubigers immer bewirken kann oder nicht. Denn im erſteren Fall würde die Berufung auf Unmöglichkeit der Erfüllung, wenn der Dritte ſich weigert das von ihm Verlangte zu thun, für unzuläſſig gehalten und dem Promittenten immer als culpa, als Unterlaſſung der nöthigen Sorgfalt angerechnet werden müſſen, während im andern Falle ein auf die Weigerung des Dritten gegründeter Einwand ihm nicht abgeſchnitten werden dürfte [78]. Und er würde ſogar darauf

[78]) Dem widerſpricht nicht l. 81 pr. D. de V. O.: Et Celsus ait,

aus dem Miethvertrage in Anspruch genommen werden können, wenn er dem Sklaven doloser oder kulposer Weise Rathschläge, Anweisungen, Befehle über die Ausführung der Arbeit ertheilt hätte, durch deren Befolgung der Gläubiger Schaden erlitt. Denn er soll wie ein redlicher Mann sein Versprechen erfüllen; d. h. aber nicht ehrlich, gewissenhaft handeln, wenn zwar der versprochene Dritte zur Arbeit gestellt wird, aber zugleich dahin gewirkt wird, daß er zum Nachtheile des Gläubigers arbeite.

Man kann den Dritten, dessen Leistung dem Gläubiger versprochen ist, nicht für einen Gehülfen des Promittenten halten, mittelst welchen er seine Verpflichtung erfüllt, so wenig als die Sache, welche Jemand zu geben sich verpflichtet hat, ein Werkzeug der Erfüllung genannt werden kann. Wie bei den Obligationen auf ein dare die Leistung der Sache, so ist hier die Stellung des Dritten der Inhalt der Verpflichtung. Der Debitor hat erfüllt, wenn er bewirkt hat, daß der Dritte zur Disposition des Gläubigers stehe, um für ihn zu arbeiten. Was darüber hinaus liegt, namentlich das Verhältniß zwischen dem Dritten und dem Gläubiger, berührt ihn nicht, seine und jenes Leistung sind ganz verschieden und getrennt. Der Dritte ist der eigentliche Leistende, der Schuldner selbst ist gar nicht verpflichtet Dienste zu leisten.

Eine ganz andere juristische Gestalt nimmt das Verhältniß an, wenn in dem Vertrage, wodurch die Dienste einer Person versprochen werden, die Person des Leistenden völlig unbestimmt gelassen ist [79]). In diesem Falle liegt in dem Vertrage keine promissio eines factum tertii, hier entspringt

---

et si non est huic stipulationi additum: nisi steterit, poenam dari, id quanti interest sisti, contineri. Bei der Obligation einen Andern vor Gericht zu sistiren, ist natürlich die Berufung auf dessen Weigerung ausgeschlossen, da sie gerade zum Inhalt hat, den Widerspruch eines sich Weigernden aufzuheben, et verum est, quod Celsus ait, nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum ut stet.

[79]) Wohl zu unterscheiden von der Obligation, Jemandem Personen nachzuweisen, damit er mit ihnen kontrahiren könne.

aus dem Vertrage eine Obligation auf eine Arbeit, auf ein facere, dessen Zweck gleich von vornherein bestimmt angegeben oder der freien Verfügung des Gläubigers vorbehalten sein kann. Das Einzige, was diese Obligation auszeichnet ist, daß, während gewöhnlich die Person des kontrahirenden Schuldners es ist, welche die Dienste verrichten soll, hier dieselbe ungewiß gelassen und so von vornherein Bedacht darauf genommen ist, daß der Debitor nicht in eigner Person zu leisten brauche, sondern zur Erfüllung sich anderer Personen, Gehülfen zu bedienen das Recht habe. Der Promittent ist hier allein und ausschließlich der Verpflichtete, die verschiedenen Personen, welche er zu den Dienstleistungen stellt, seine eigne mit inbegriffen, sind Mittel der Erfüllung, wie das Geld, mit welchem eine Darlehnsschuld bezahlt wird. Und er hat, soweit ihm keine Gränzen gesetzt sind, unter allen ihm zu Gebote stehenden Personen die freieste Auswahl.

Es liegt sehr nahe, das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner in einer solchen Obligation, wie auch schon Mommsen gethan hat [80]), mit dem in einer generischen Obligation zu vergleichen. Eben wie hier existirt völlige Unbestimmtheit des Objekts, auf welches die Verpflichtung geht, dort der Person, welche die Dienste leisten soll, hier der Sache, welche dem Gläubiger gezahlt werden soll. Hier wie dort kann aus diesem Grunde niemals die Leistung des Schuldners unmöglich werden. Wie der debitor generis durch die Zahlung einer qualitativ und quantitativ ordnungsmäßigen Sache liberirt wird, so wird aus den Obligationen auf Dienstleistungen einer Person bei totaler Unbestimmtheit des Subjekts des Leistenden der Schuldner nur befreit durch die Stellung einer qualificirten Person, welche die geforderten Dienste ordentlich und gut ausführe.

Es ist indeß der Unterschied, welcher auf der Verschiedenheit der Obligationen beruht, von denen die eine auf eine

---

[80]) l. c. § 7 S. 53.

Sachleistung, die andere auf Dienstleistungen gerichtet ist, daß während bei jener es allein darauf ankommt, daß die geleistete Sache im Moment der Zahlung oder der Ausscheidung aus dem genus ordentlich beschaffen gewesen ist, bei dieser die obligationsmäßige Qualität nicht bloß im Moment der Sistirung einer Person zum Zweck der Vornahme von Arbeiten vorhanden sein, sondern so lange fortdauern muß, als die zu leistenden Dienste selbst währen. Liberirung des Debitors wird nur dadurch bewirkt, daß er eine für die zu leistenden Dienste vollkommen geeignete Person stelle und so lange als die Dienstleistungen dauern, auch in diesem Zustande erhalte.

Für welche Eigenschaften der gestellten Person, kann aber der Gläbiger beanspruchen, daß der Schuldner die Gewährleistung übernehme? Aus der generischen Natur der Obligationen wird geschlossen werden müssen, für alle die Eigenschaften, welche auf die Benutzung der gestellten Person Einfluß haben, von denen die Beschaffenheit der Dienstleistungen abhängt, indem diese entweder wegen des Mangels jener Eigenschaften gar nicht möglich oder doch nur in geringerer, schlechterer Beschaffenheit zulässig sind. Denn der Schuldner hat nicht ein bestimmtes Objekt, sondern unbestimmt, ein taugliches versprochen.

l. 1 § 8 D. de aedil. ed. 21, 1: Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus, non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur.

Wenn der, welcher eine specielle Sache, ein Haus, eine Wiese zur Weide, vermiethet hat, allerdings dafür einstehen muß, daß der Miether die gemiethete Sache benutzen könne, und also auch für das Vorhandensein der Eigenschaften derselben, deren Abwesenheit den Gebrauch ausschließt, sodaß er den Miethzins nicht verlangen kann im Falle einer Nichtpräſtation, so ist er doch nicht schon aus dem Miethvertrage, abgesehen von dem Falle eines dolus, verpflichtet dem Miether

Schadensersatz für den Nichtgebrauch zu leisten. Das Aedilitische Edikt findet auf die locatio conductio keine Anwendung [81]). Dagegen war eine nur generisch bestimmte Sache vermiethet, z. B. ein Pferd zum Reiten, Fässer, um eine Flüssigkeit hineinzufüllen, so kann nun auch der Miethe r fordern, daß sie für den zu machenden Gebrauch vollkommen geeignet sind und kann Schadloshaltung beanspruchen, falls er durch ihre fehlerhafte Beschaffenheit Verluste erlitt [82]). Mit vollem Recht wird hier der Miether geltend machen dürfen, was in l. 45 § 1 D. loc. 19, 1 so ausgedrückt wird:

quasi longe sit a bona fide actum, ut quid patiaris detrimenti per eam rem, quam conduxisti.

Denn der Vermiether eines genus erfüllt ebenso wenig seine Verbindlichkeit, wenn er ein mangehaft beschaffenes genus leistet, als wenn er gar keines leistet.

Als wesentliche Eigenschaften, welche die gestellte Person besitzen muß, wird der Gläubiger zu beanspruchen berechtigt sein, technische Kenntnisse und Geschicklichkeiten, wo es für die auszuführenden Arbeiten dieser bedarf, dann aber auch die geistigen Eigenschaften, Fleiß, Vorsicht, Aufmerksamkeit u. s. w. Denn was die letzteren anbetrifft, so geht die Verpflichtung nicht dahin, daß der Schuldner eine Person dem Gläubiger zu Gebote stelle, welche die Arbeiten einerlei wie, gut oder schlecht, aufmerksam oder nachlässig ausführe, sondern gerade darauf, daß die Dienste mit dem Aufwand von Sorgfalt geleistet werden, welche die konkrete Obligation vorschreibt. Wie der Promittent, wenn er in eigner Person erfüllen wollte, diese Qualitäten an sich tragen mußte, so muß es auch jeder Andere, welchen er sendet. Vorsicht, Aufmersamkeit, Nachlässigkeit und Unvorsichtigkeit sind Eigenschaften, von denen

---

[81]) l. 19 § 1 verb. „Aliter atque si saltum", l. 19 § 2, l. 15 D. loc. 19, 2.

[82]) l. 6 § 4 D. emti 19, 1. l. 19 § 1 D. loc. 19, 2: Si quis dolia vitiosa ignarus locavit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest, nec ignorantia ejus erit excusata; et ita Cassius scripsit.

die wirkliche Benutzung der gestellten Person in hohem Grade abhängt. Wenn daher der Promittent, bei Erfüllung in eigner Person für seine Verschulden einstehen mußte, so ist er auch Ersatz zu leisten verpflichtet für die seiner Stellvertreter. Denn läßt sich eine culpa nachweisen, so ist eben damit der Beweis geführt, daß die gestellte Person nicht fehlerfrei war, daß mithin die Obligation, welche auf Leistung einer vollkommen tüchtigen Person ging, nicht erfüllt worden ist. So wenig der Verkäufer eines genus dadurch liberirt wird, daß er irgend eine aus der Masse des genus aufgegriffene, gleichviel ob gute oder schlechte, mangelhafte oder fehlerfreie Sache lieferte, sondern nur, wenn er gut und richtig leistete, so wenig ist es der Vermiether einer generell bezeichneten Person, wenn diese nicht allen billigen, auf die Obligation zu gründenden Erwartungen entspricht. Welcher Grad von culpa aber zu gewährleisten ist, richtet sich nach dem Contrakt, auf welchem die Obligation beruht. Der Schuldner braucht kein höheres Verschulden der gestellten Person zu prästiren, als wofür er bei eigner Leistung einstehen müßte. Wenn z. B. seine Verpflichtung nicht auf einer locatio conductio beruhte, sondern auf einem negotiorum gestio oder auf einem schenkungsweise ertheiltem Versprechen, würde er nicht für omnis culpa, nur für dolus und lata culpa verantwortlich sein.

Es kann nun sein, daß die Haftung des Schuldners und der von ihm gestellten Person verschieden sind, indem mit dieser letzteren noch ein besonderer Vertrag geschlossen wird, aus welchem sie selbstständige Verpflichtungen eingeht. Daß diese letzteren nicht für den Schuldner maßgebend sind, kann nicht zweifelhaft sein.

Diese Auffassung wird nun auch in der l. 60 § 7 D. loc. 19, 2 zu Grunde gelegt; nach den oben mitgetheilten Sätzen fährt diese Stelle folgendermaßen fort:

quodsi si *sine definitione personae* mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cujus negligentia jumentum perierit, *illam quoque culpam me tibi praesti-*

turum ajo, quod eum elegissem, qui ejusmodi damno te afficeret. (Labeo.)

Labeo sagt hier, wenn der Contrakt des Vermiethers nicht auf einen bestimmten mulio lautete, so müsse der Schuldner, wenn durch die negligentia des mulio das Maulthier des Gläubigers umkam, illam quoque culpam praestare, d. h. Ersatz leisten für den durch die culpa des mulio angerichteten Schaden. Den Grund seiner Entscheidung setzt er darin, quod eum elegisset, qui ejusmodi damno te afficeret. Geht man davon aus, daß einen Untüchtigen wählen und untüchtig wählen nicht identisch ist, daß Jemand mit der größten Vorsicht bei der Wahlhandlung verfahren, und dennoch, weil er sich in einem entschuldbaren Irrthume befindet, die Wahl auf einen Ungeeigneten fallen kann, daß das Letztere auch deshalb möglich ist, weil bei der Vornahme der Wahl nicht mit der gehörigen Vorsicht zu Werke gegangen wurde, so wird man es begreiflich finden, daß Labeo mit jenen Worten etwas Anderes sagen wollte, als daß der Schuldner bloß für sorgfältige Wahl hafte. Wenn er seine Verantwortlichkeit darauf stützt, er müsse für die culpa des mulio haften, weil er einen solchen gewählt habe, qui ejusmodi damno te afficeret, d. h. cujus negligentia jumentum periit, so macht er ihn eben für den Erfolg der getroffenen Wahl haftbar. Wer culpa in eligendo allein zu prästiren hat, der ist frei von Ersatz, wenn er nur in der Wahl diligens gewesen, mag auch die Wahl hinterher einen schlechten Ausgang nehmen, wer aber für die Wahl eines Tüchtigen zu sorgen hat, der muß auch haften, obgleich er die äußerste Sorgfalt bei der Wahl aufgewandt hat, sobald nur der Gewählte sich untauglich zeigt. Diese Auffassung stimmt auch allein zu der Prämisse, von der Labeo ausgeht; nur weil der Schuldner sine definitione personae einen mulio vermiethet hat, kann es ihm zugerechnet werden, für die negligentia des gestellten mulio herzukommen, da er aus der locatio conductio verpflichtet ist, die Dienste eines mulio,

gleichviel durch wen, aber immer mit der Verbindlichkeit zur höchsten Diligenz in der Ausführung des Geschäfts, bei dem Gläubiger zu verrichten.

Um den Debitor zu verpflichten wird immer vorausgesetzt, daß er die Wahl der Person hat, durch welche die Dienste geleistet werden sollen und daß diese Person durch ihre culpa den Schaden verschuldet hat. Jedoch ist dies noch näher dahin zu beschränken, daß nur eine solche culpa des Gehülfen den Debitor obligirt, welche er bei Ausführung der ihm aufgetragenen Dienste beging und welche in Beziehung steht zu diesen, beruht auf der Untauglichkeit für die zu leistenden Dienste. Dahin sind wohl zu zählen die Verschuldungen, welche aus einem Mangel der erforderlichen Kenntnisse, oder des zu gewährenden Fleißes hervorgehen — in diesem Fall hat der Schuldner seine Schuld nicht fehlerfrei erfüllt, aber nicht, wenn der Gläubiger durch einen Diebstahl des gestellten Gehülfen Schaden erleidet. Ein Diebstahl steht außer aller Beziehung zur Obligation und selbst der tüchtigste Gehülfe kann stehlen. Für den Diebstahl des Gehülfen haftet der Schuldner nicht aus der Miethe.

l. 45 D. loc. 19, 2: Si hominem tibi locavero, ut habeas in taberna, et is furtum fecerit, dubitari potest, utrum ex conducto actio sufficiat, quasi longe sit a bona fide actum, ut quid patiaris detrimenti per eam rem, quam conduxisti, an adhuc dicendum sit, extra causam conductionis esse furti crimen et in propriam persecutionem cadere hoc delictum; quod magis est.

Obligationen dieser Art, wo Jemand Dienstleistungen einer Person bei Ungewißheit der leistenden Person schuldet, sind zum Theil die deutschrechtlichen Frohndiensten, soweit sie privatrechtlicher Natur sind. Der Verpflichtete hat dem Berechtigten eine tüchtige Person zu stellen, zur Verrichtung der Frohndiensten; es ist nicht nothwendig, daß er selber komme, sondern er kann sich durch jede geeignete Person vertreten lassen, für diese muß er dann auch haften, wie für sich selber;

für die Verschuldung, für welche er Ersatz zu zahlen pflichtig gewesen wäre, wenn er selbst sie begangen hätte, muß er den Berechtigten auch schadlos halten, wenn sie von seinem Stellvertreter ausgingen.

2. Obligation auf ein opus.

§ 18.

Das Wesen der Obligation auf ein opus besteht darin, daß mit einer speciellen Sache eine solche Umarbeitung vorgenommen werde, welche entweder die Substanz derselben verändert (Ausbesserung einer vorhandenen Sache), oder daß sonst irgend ein äußerlich hervortretender Erfolg an einer Sache ausgeführt werde, z. B. eine räumliche Veränderung. Es soll hier also durch die Arbeit des Unternehmers Etwas hervorgebracht werden, was bisher noch gar nicht existirte, das Objekt der Obligation soll erst geschaffen und kann nach Belieben des Unternehmers auf diese oder auf eine andere Weise zu Stande gebracht werden. Vor der Existenz desselben ist mithin völlige Unbestimmtheit des Leistungsobjekts vorhanden; die Obligation ist wie die generischen gleichsam nur auf einen Werth gerichtet, den die Arbeiten des Unternehmers zu Gelde angeschlagen repräsentiren und welcher der Summe des Aufwandes an Zeit, Kosten, Mühe gleichsteht.

Das Verhältniß der einzelnen Arbeiten zum Ziele muß sich aus diesem Grunde anders stellen, als bei den Obligationen auf operae. Während hier die Arbeiten des Debitors der eigentliche Gegenstand der Schuld sind, bilden sie bei den Obligationen auf ein opus bloß Mittel zur Erfüllung. Das opus ist durchaus verschieden von den Arbeiten des Unternehmers, es ist ein ganz anderer Gegenstand, als diese.

Ist, so lange das opus noch in der Ausführung begriffen ist, das Objekt der Obligation ein unbestimmtes, so hört doch mit der Vollendung derselben die Ungewißheit auf. Sobald das opus fertig geworden, kann nur dies und kein anderes geleistet werden. Das fertige, vollendete opus hat die Be-

schaffenheit einer species bei Sachobligationen; es ist certa res, welche geschuldet wird. Ist dasselbe vollendet, so existirt nicht nur überhaupt ein Objekt, mit welchem die Obligation des Unternehmers erfüllt werden kann, sondern sofort dasjenige bestimmte Objekt, durch dessen Zahlungin alle Tilgung der Obligation erfolgt. Denn der Unternehmer ist nach der Obligation nur verpflichtet, seine Arbeiten zur Herstellung des opus zu verwenden, und er hat mithin seine Verpflichtung erfüllt, sobald er durch sie das opus ausgeführt hat.

Von entscheidender Wichtigkeit ist mithin der Augenblick der Vollendung des opus, indem er der Unbestimmtheit des Leistungsobjekts ein Ende macht und sie in Bestimmtheit verwandelt. Die Vollendung hat eine ähnliche Bedeutung wie die der Ausscheidung bei generischen Obligationen; die Schuld geht aus einer generischen über in eine specielle.

Daß gerade der Zeitpunkt der Vollendung es ist, welcher über die juristische Beschaffenheit der Obligation entscheidet, erklärt sich aus der Untheilbarkeit des opus. Daher wo dasselbe theilbar ist, wie wenn es nach Maßeinheiten des Ganzen verdungen ist, z. B. ein Transport nach Meilen, ein Bau nach Ruthen, Fußen u. s. w., ein früherer Zeitpunkt als der der Vollendung an deren Stelle tritt, nämlich der der Ausführung einer Quote des Ganzen.

Die Unbestimmtheit des Objekts, welches geschuldet wird, ist die Ursache, daß der debitor generis das ganze periculum rei trägt, sowohl das verschuldete als das zufällige, daß es keine Umstände giebt, welche ihn von der Verpflichtung zur Zahlung befreien könnten. Da mit dem Wegfall des Grundes auch die darauf beruhenden Folgen cessiren müssen, so geht von dem Augenblick, wo die Unbestimmtheit aufhört, wo certa res geschuldet wird, die Gefahr auf den Gläubiger über; ihn trifft der zufällige Verlust, für den verschuldeten muß der Debitor Ersatz leisten. Die faktische Ausscheidung bewirkt nun zwar, daß der Creditor die Gefahr des ausgeschiedenen genus trägt, allein es geht dadurch sein

Anspruch auf Leistung einer solchen Sache, welche qualitativ und quantitativ den Bestimmungen des Contrakts entspricht, nicht verloren. Er kann, falls die ausgeschiedene Sache nicht empfangbar gewesen, an Mängeln und Gebrechen litt, für welche der Debitor einstehen mußte, den Empfang ablehnen und je nach seinem Interesse Entschädigung oder Leistung einer andern Sache fordern.

Wenn nun die Vollendung des opus der Ausscheidung aus dem genus juristisch gleichsteht, so müssen sich auch dieselben rechtlichen Consequenzen aus derselben ziehen lassen. Vorher trägt der Unternehmer das gesammte periculum, d. h. sobald seine Bemühungen sei es aus zufälligen Hindernissen oder wegen der schlechten Anlage oder Ausführung der Arbeiten nicht den Erfolg haben das opus zu Stande zu bringen, so ist es sein Schade, ihn treffen allein alle Unkosten und Verlüste. Nach der Vollendung aber geht die Gefahr des Zufalls auf den Verdinger des opus über, der Unternehmer steht nur noch für culpa ein, d. h. wird das opus durch Zufall verschlechtert, so muß jener gleichwohl den versprochenen Lohn zahlen. Durch die Vollendung des opus wird jedoch nicht über die Empfangbarkeit desselben entschieden. So wenig der debitor generis liberirt wird, wenn er eine irgendwie beschaffene Sache dem Conditor aufdringen will, so wenig kann der Unternehmer eines opus sich darauf berufen, daß er das schuldige opus vollendet habe, wenn er nicht zugleich beweist, daß es obligationsmäßige Beschaffenheit gehabt habe. Auch noch nach der Vollendung muß er für die Mängel und Fehler desselben einstehen. Von der Haftung hierfür wird er erst befreit durch die Annahme des opus von Seiten des Gläubigers, oder was, wenn das opus von höherem Werth ist, immer an die Stelle der Annahme durch Partheienberedung gesetzt zu werden pflegt, durch die Approbation des opus. Die Approbation des opus hat die Bedeutung, daß der Gläubiger sein Einverständniß mit der Art der Ausführung erklärt, die Beschaffenheit, in welcher es sich befindet, billigt. Sind

keine Einwände erhoben, so ist die ganz natürliche Folge der rückhaltslosen Approbation, daß der Unternehmer für die Zukunft von allen Ansprüchen befreit wird, welche auf die Beschaffenheit des opus gegründet werden könnten.

Den Zufall tragen heißt aber nichts Anderes, als daß der Debitor keine Liberirung für sich in Anspruch nehmen kann, wenn irgend ein Umstand seine Leistung vernichtet oder verschlechtert, sondern daß seine Obligation auf Leistung des opus noch fortdauert. Er kann daher, weil nach der Natur der locatio conductio nur Vergütung für die wirklich geleisteten Dienste gezahlt wird, auch den versprochenen Lohn nicht fordern. Ersatz an den Gläubiger, weil er gar nicht geleistet oder zu spät oder nicht ordentlich erfüllt hat, braucht er an sich noch nicht zu zahlen, da er nur schuldig ist, ein fertiges opus zu liefern, d. h. wie oben gezeigt wurde, etwas Specielles, ein individuell Bestimmtes. Daher verpflichtet ihn nur die verschuldete Nichterfüllung, die Nichtleistung des opus zum Schadensersatz.

Wenn nun der Unternehmer vor der Vollendung jeden Zufall trägt, welcher das opus trifft, so folgt von selbst, daß er auch jedes Verschulden von seiner Seite oder denen seiner Gehülfen tragen muß. Es ist einerlei, ob er unvorsichtig bei seinen Arbeiten zu Werke gegangen, ob er die Regeln der Kunst vernachlässigt habe, ob seine Gehülfen tauglich oder untauglich waren, alle zur Herstellung des opus vorgenommenen Arbeiten gehen auf seine Kosten und Gefahr.

Wird z. B. ein Gewölbe nach allen Regeln der Kunst gebaut und es stürzt ein, ehe der Schlußstein eingesetzt war, einerlei, ob die tragenden Gerüste nicht stark genug waren, oder die bisherigen Regeln sich als unzureichend erwiesen, oder ob durch ein Erdbeben, der Baumeister muß den Bau auf seine Kosten von vorne beginnen, ohne von dem Bauherrn Ersatz beanspruchen zu können. Oder es ist ein Deichbau an Unternehmer verdungen worden, und vor der Vollendung wird durch eine Sturmfluth das ganze bisherige Werk wieder

weggerissen, so können die Unternehmer nicht nur keinen Lohn fordern, sondern müssen sogar den Deich aus ihrer Tasche wieder herstellen lassen, während der fertige Deich auf Kosten der Verdinger stehen würde.

So vor der Vollendung. Nachdem das opus fertig geworden, tritt insofern eine Aenderung in der Haftung des Unternehmers ein, als er nicht mehr den unabwendbaren Zufall trägt, sondern einstehen muß für den vitio operis zugefügten Schaden Es kommt also auch jetzt nicht darauf an, ob durch Nachlässigkeit des Unternehmers resp. seiner Gehülfen oder durch eine an sich nicht fahrlässige Handlung der Schade bewirkt worden; die Untersuchung, wenn ein solcher erfolgt ist, wird bloß darauf gerichtet, war das opus fehlerhaft oder nicht und ist durch die Fehler der Untergang oder die Verschlechterung bewirkt worden. Müssen diese Fragen bejaht werden, so ist es ganz gleichgültig, bloß auf die Forderung des Gläubigers gesehen, ob tüchtige oder schlechte Leute gearbeitet, ob sie oder der Unternehmer es an der nöthigen durch ihr Gewerbe und durch dessen Betrieb in concreto gebotenen Aufmerksamkeit haben fehlen lassen, oder ob sie so vorsichtig gewesen sind, als es nach den vorliegenden Umständen möglich war.

Es kommt vor Allem jetzt darauf an, ob unsere theoretische Begründung ihre Bestätigung in den Gesetzen findet. Zeugniß für dieselben legen l. 36, l. 37 und l. 62 D. loc. ab, welche drei Stellen sich gegenseitig ergänzen.

l. 36: Opus quod aversione locatum est, donec approbetur, *conductoris periculum* est. Quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, *catenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit;* et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit quominus opus approbetur vel admetiatur. Si tamen vi majore opus prius interciderit, quam approbaretur, *locatoris periculo* est, nisi si aliud actum sit; non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. (Florentinus.)

l. 37: Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet. (Javolen.)

l. 62: Si rivum, quem faciendum conduxeras et *feceras*, ante quam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus: imo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio id accidit, tuum erit detrimentum. (Labeo.)

Die beiden ersten Stellen l. 36 und 37 bilden schon durch ihre Wortfassung ein nur äußerlich getrenntes Ganze. Von der l. 36 giebt es hauptsächlich zwei verschiedene Auslegungen [83], welche sich diametral entgegenlaufen. Die eine, welche wir als die ältere und zugleich als die allgemein angenommene bezeichnen können, nimmt an, daß in den Anfangssätzen der l. 36 die Regel ausgesprochen werde, deren Einschränkungen im Schlußsatz hinzugefügt worden; periculum bedeutet dann, wenn es von conductor operis gebraucht wird, das periculum culpae, während es in Beziehung auf den locator gesagt, das periculum casus begreift. Allerdings erlauben die Worte der l. 36 eine solche Erklärung, welche namentlich von den Schlußworten unterstützt zu werden scheint, aber sie hat vor Allem das gegen sich, daß periculum von dem Juristen in demselben Zusammenhange in völlig verschiedener Bedeutung gebraucht wird; zwar bezieht periculum sich nicht nothwendig auf den kasuellen Schaden, allein es würde doch eine große Unklarheit im Ausdruck sein, wenn es von dem Verfasser uno tenore bald auf den casus, bald auf die culpa bezogen worden wäre.

Eine andere Erklärung hat neuerdings Mommsen [84]) versucht, die wir im Allgemeinen für richtig halten, wenn

---

[83]) Mommsen, Beiträge Bd. I, § 31 not. 8. Zu den hier Citirten ist auch noch Sintenis, Praktisches Civilrecht Bd. II, § 118 Anm. 148 hinzuzufügen. Ueber andere Auslegungsversuche, deren Haltlosigkeit sofort klar ist, z. B. von Glück, Unterholzner, s. Mommsen a. a. O.

wir auch nicht vollständig mit M. übereinstimmen. Nach unserer Ansicht ist die Stelle folgendermaßen aufzufassen.

Florentinus stellt zuvörderst die allgemeine Regel auf, daß der Unternehmer eines opus bis zur Annahme desselben durch den locator die Gefahr desselben tragen müsse. Die Annahme geschieht nun entweder mit der Approbation des opus, wenn es per aversionem verdungen worden — der Fall, wo Approbation nicht vorbehalten, wird gar nicht berührt — oder mit der Zumessung, wenn das opus nach quoten Theilen des Ganzen verdungen ist. Daß gerade auf die Annahme, resp. Approbation oder Admensio vom Juristen solches Gewicht gelegt ist, hat Mommsen daraus erklärt, daß „der Redemptor nur dann, wenn der kasuelle Schaden nach der Approbation eingetreten ist, allgemein berechtigt ist, die Gegenleistung in Anspruch zu nehmen. Insofern der Casus vor der Approbation sich ereignet hat, ist das Recht des Redemptors auf die Gegenleistung dadurch bedingt, daß er außer der Beendigung des opus und der kasuellen Vernichtung oder Beschädigung desselben zugleich noch beweist, daß das opus ein solches gewesen sei, daß es hätte gebilligt werden müssen. Von diesem Gesichtspunkt aus konnten die römischen Juristen sehr leicht dahin gelangen, als Regel es aufzustellen, daß die Gefahr erst mit der Approbation auf den Lokator übergehe, dagegen den letztern Satz nur als eine diese Regel beschränkende Ausnahme zu betrachten." Wir halten diese Begründung, worauf übrigens nicht viel ankommt, nicht für genügend, wir möchten eher glauben, daß es Florentinus, der für einen Institutionisten schrieb — die l. 36 ist aus dem l. VII Institutionum des Verfassers — nur daran gelegen war, eine praktische Regel zu geben, eine Regel, welche auf die praktisch wichtigsten und häufigsten Fälle anwendbar war. Dies sind aber die, bei denen das opus in der Aufrichtung, Herstellung einer Sache besteht, z. B. eines Hauses,

---

[84]) Beiträge Bd. I, § 31 S. 373 u. ff.

welche vorzugsweise auch als Beispiel in den Quellen benutzt werden; hat in solchen Fällen der Gegenstand, welcher producirt werden soll, nur einigermaßen Werth, so pflegt immer ausgemacht zu werden, daß die Arbeit von der Approbation abhängig sein soll. Ist eine solche Verabredung getroffen, so dauert das periculum des Unternehmers bis zur Approbation fort; und Florentinus hatte daher ganz recht, wenn er obige Regel niederschrieb, deren Bedeutung aber in den Digesten durch die Losreißung aus dem Zusammenhang uns dunkel geworden ist. Daß wir von diesem Gesichtspunkt aus die Worte des Juristen betrachten müssen, dafür spricht, daß Approbation und Admension sich völlig gleichgestellt werden, da, wo die Arbeit nach quoten Theilen verdungen wird, Beendigung des Theils und Zumessung desselben materiell zusammenfallen; dafür wird das Folgende noch manche Belege liefern.

Die Regel, welche F. gab, war jedoch nur ganz im Allgemeinen wahr, darum mußte er gleich die Beschränkungen hinzufügen, um Mißverständnissen vorzubeugen. Zwei Ausnahmen giebt der Jurist an, welche beide in Verbindung stehen mit dem Verhältniß der Approbation zur Arbeit. Dieses kann nämlich ein zwiefaches sein. Entweder ist die Arbeit von der Approbation dergestalt abhängig gemacht, daß die Obligation nur für erfüllt gelten soll, wenn das opus approbirt worden ist, ein nicht approbirtes opus gar nicht gerechnet werden soll. Durch eine dahin gehende Verabredung wird auf künstliche Weise die Ausscheidung des opus hinausgeschoben und erst mit der Approbation erhält das durch die Arbeit hergestellte Resultat die nöthige Bestimmtheit, um als species, als ein Individuelles behandelt zu werden, dessen Gefahr derjenige trägt, welchem es geschuldet wird. Hier mußte von selbst die Frage entstehen, wie nun, wenn die Approbation von dem Verdinger widerrechtlich verzögert wird, wenn er sie vorzunehmen sich weigert? Offenbar müssen ihn die Folgen der mora accipiendi treffen. Grade wie bei generischen Obligationen der Gläubiger dem Schuldner Ersatz leisten muß für den Untergang des aus-

geschiedenen genus, sobald er in mora accipiendi gerathen, so auch der locator, der moroser Weise die Approbation vorzunehmen sich weigert. Daher die Entscheidung F.'s, in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus approbetur vel admetiatur.

Es kann aber auch in anderer Weise das Verhältniß zwischen Approbation und Arbeit stattfinden, welches sich von selbst versteht und daher gilt, wenn nichts Anderes ausgemacht ist. Nach diesem übt die Approbation gar keinen Einfluß auf das Tragen der Gefahr, sondern nur auf die Ansprüche wegen fehlerhafter Beschaffenheit des opus. Die Approbation eines opus, falls ihr durch Verabredung keine andere Bedeutung beigelegt ist, entscheidet nicht darüber, ob die Obligation erfüllt, sondern darüber, ob ordnungsmäßig geliefert ist; wenn sie erfolgt, so ist damit vom Lokator anerkannt, daß der Unternehmer in allen Stücken obligationsmäßig verfahren habe, es liegt darin die Billigung seiner Arbeit, der Verzicht auf die Gewährleistung wegen Mängel [85]). In Fällen dieser Art tritt die Vollendung des opus in ihr natürliches Recht, sie bekommt die Bedeutung, welche wir ihr vindicirt haben, nämlich die der Ausscheidung eines generisch bestimmten Schuldobjekts aus der Masse des genus; dann geht das periculum operis nicht erst mit der Approbation auf den locator über, sondern schon mit der Vollendung des opus. Daher mußte F. noch die zweite Beschränkung seines allgemeinen Diktums hinzufügen, daß der locator das periculum trage, wenn das opus nach der Vollendung und vor der Approbation untergeht.

Nimmt man unsere Ansicht an, so erscheint der Gedankengang F.'s als ein sich völlig klarer und naturgemäßer und durchaus nicht auffällig, daß die erste Ausnahme speciell an-

---

[85]) l. 24 pr. D. loc. 19, 2 — idque arbitrium *ad qualitatem operis*, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. Quibus consequens est, ut irrita sit approbatio dolo conductoris facta, et ex locato agi possit.

geführt worden, obgleich sie auch in der zweiten allgemeinen enthalten sei. Es bedarf der etwas gesuchten Erörterung dieses Umstandes, welche Mommsen giebt, nicht, „die besondere Hervorhebung der mora erklärt sich ohne Schwierigkeit daraus, daß die Statuirung einer Ausnahme für diesen Fall am wenigsten einem Zweifel unterlag und daß hier eine Verpflichtung des Lokator zur Gegenleistung selbst dann begründet war, wenn die Unmöglichkeit nicht durch eine vis major, überhaupt durch keinen casus in der engeren, der culpa levis entgegengesetzten Bedeutung des Worts herbeigeführt war, sondern in allen Fällen, sofern nur der Redemptor sich eines dolus oder einer culpa lata nicht schuldig gemacht hatte." — So scharfsichtig auch diese Erklärung ist, so läßt sie doch immer es merkwürdig erscheinen, daß eine besondere Anwendung einer Regel und dann erst diese selbst gegeben wird. Nach unserer Erklärung erhalten auch die Worte „nisi si aliud actum sit" einen guten Sinn, die nach der gewöhnlichen, wie nach der Mommsen'schen Auslegung völlig in der Luft stehn. Es wird in denselben hingedeutet auf die Bedeutung der Approbation, welche sie durch Convention der Contrahenten erhalten kann und durch sie der Gegensatz zwischen den unterschiedenen Fällen hervorgehoben.

Wir verstehen dann mit Mommsen den Schlußsatz der Stelle so, daß der kasuelle Untergang des opus nach der Vollendung aber vor der Approbation eingetreten ist. Zu den Gründen, welche Mommsen für diese Auslegung beigebracht hat, glauben wir noch einen dritten hinzufügen zu können. M. sagt: „Zwar wird nicht ausdrücklich erwähnt, daß die vis major nach der Beendigung des opus eingetreten sei; der Jurist konnte aber um so eher dazu gelangen, dieses nicht ausdrücklich hervorzuheben, als unmittelbar vorher von der durch eine mora des Lokator gehinderten Approbation, welche nothwendig eine Beendigung des opus voraussetzt, die Rede gewesen war; sodann setzt auch das intercidere des opus (opus interciderit) ein Vorhandensein derselben voraus, wenn auch

nicht gerade nothwendig die völlige Beendigung des opus." — Ein wichtiges Argument, glauben wir, bietet sich in den Schlußworten, „non enim amplius praestari locatori oporteat; quam quod sua cura atque opera consecutus esset", mit denen Mommsen Nichts recht anzufangen weiß, und die er durch die Bemerkung zu beseitigen sucht, daß sie einen ungenau gefaßten und unrichtigen Entscheidungsgrund enthielten. Wir halten diesen Vorwurf für ungerecht, F. wollte eben durch diese Worte motiviren, warum das fertige opus vor der Approbation auf Gefahr des Verdingers steht. Der Unternehmer, so wird sein Gedankengang gewesen sein, ist zwar verpflichtet ein fertiges opus zu liefern, aber er soll es doch immerhin nur durch seine Arbeit, cura, die geistige, opera, die physische, herstellen. Hat er durch diese das opus zu Stande gebracht, so hat er damit geleistet, was er versprochen hatte; die fernere Existenz der Arbeit geht auf Gefahr des Gläubigers.

Man mag immerhin diese Interpretation gewagt finden, die Richtigkeit ihrer Resultate im Sinne der Compilation folgt unwiderleglich aus l. 37, die sich durch die Einheit des Gedankens und sogar der Worte eng an die l. 36 anschließt. Nach dieser, welche klar und unzweideutig spricht, soll das opus vor der Approbation nur dann auf Gefahr des Lokator stehen, „*si tale opus fuit, ut probari deberet.*" Ein opus, welches approbirt werden muß, kann kein anderes als ein vollendetes, fertiges sein [86]).

Damit hätten wir für die locatio conductio operis folgende Sätze gewonnen: Bis zur Beendigung des opus trägt regelmäßig der Unternehmer die ganze Gefahr desselben, nachher geht sie über auf den Verdinger. Darin kann durch besondere Verabredung eine Aenderung getroffen werden, insofern die Arbeit von der Approbation abhängig gemacht wird. In diesem Fall trägt der Unternehmer bis zur Approbation

---

[86]) S. auch Mommsen, l. c. § 375.

die Gefahr. Es bleibt uns jetzt noch übrig den zweiten unserer obigen Sätze aus den Quellen zu erweisen, daß der Unternehmer nach der Anfertigung des opus noch für dessen Fehler haften müsse. Derselbe folgt aus der bereits angeführten l. 62 D. loc. Diese Stelle ist offenbar aus mehreren zusammengesetzt; denn die Verbesserung seiner Regel durch Paulus kann Labeo, von dem nach der Inskription die Stelle herrührt, nicht geschrieben haben, die Worte des Paulus können erst durch spätere Schriftsteller, vielleicht durch die Compilatoren in den Text des Labeo gekommen sein. Und es folgt vielleicht daraus, was auch Mommsen andeutet, daß über die Frage der Haftung des Redemptor operis eine andere Ansicht bei den älteren Juristen geherrscht habe, die erst durch die späteren berichtigt wurde. Wie dem auch sei, wir haben l. 62 nur im Sinne Justinian's aufzufassen. Der von Labeo aufgestellte Satz, daß der Unternehmer die Gefahr des fertigen opus, (rivum quem faciendum conduxeras et *feceras*) vor der Approbation tragen müsse, ändert Paulus dahin ab, nur dann si operis vitio accidit, wenn der Schade in der fehlerhaften Beschaffenheit des opus seine Ursache hatte, müsse jener den Schaden tragen. Daraus folgt, daß er einstehen müsse für die fehlerlose Beschaffenheit des opus oder wie wir von Sachen sagen, für die empfangbare Qualität desselben [87].

Kein Gegenargument gegen die hier vertheidigte Ansicht, welches in Betracht gezogen werden könnte, enthalten die Worte des l. 83 D. loc. — Quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilo minus teneberis. Wir können wegen dieser Stelle einfach auf Mommsen, a. a. O. verweisen. Sie spricht Nichts Anderes aus, als was in l. 62 D. cit. in den Worten gesagt wird: si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum. Wenn die Beschädigung des opus lediglich Folge der fehlerhaften Beschaffenheit der zur Verarbeitung übergebenen Sache ist, so

[87]) Mommsen, c. p. 375 und 376.

trägt der Verdinger den Schaden, weil er durch seine eigene Schuld, daß er eine schlechte Sache hingab, den Verlust verursacht hat [88]).

Die Anwendung der im Vorigen entwickelten Sätze auf die Fälle, wo die Approbation vom Unternehmer nicht vorbehalten ist, macht sich sehr leicht. Hier kann es gar nicht fraglich sein, daß die Stelle derselben vertreten wird durch die Annahme des opus. Billigung und Accept fallen dann in einen Moment zusammen. Diesen Fall behandelt l. 15 § 6 D. loc. 19. 2: Item quum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteret, rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, quum munere vehendi functus non sit, quod in omnibus personis similiter observandum est. Ebenfalls spricht sich dahin aus l. 10 pr. D. de l. Rhod. 14, 2: Si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Vgl. Mommsen l. c. S. 382 ff. Ebensowenig macht ihre Anwendung Schwierigkeiten, auf den Fall, daß das opus nach Theilen des Ganzen z. B. nach Fußen, Ruthen u. s. w. verdungen ist. Hier tritt die Zumessung des Theils an die Stelle der Approbation, mit welcher sie auch in l. 36 zusammengestellt wird. Die Schlüsse daraus ergeben sich dann leicht, wir stellen die Regeln kurz zusammen:

1. Regelmäßiges Verhältniß, die Admension soll nur über die Empfangbarkeit des opus entscheiden, der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Beendigung des Theils, nachher steht er noch für dessen Fehler ein, die Gefahr des casus geht auf den Lokator über.

2. Von der Admension soll überhaupt der Erfolg der Arbeit abhängig sein, dann dauert das periculum des Unternehmers, auch bezüglich des casus bis zur Zumessung fort.

---

[88]) Vgl. auch l. 13 § 5 D. eod. 19, 2. Mommsen a. a. O. S. 376.

Grade diesen Regeln scheint nun die l. 59 D. loc. 19, 2 zu widersprechen:

Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat; deinde operis parte effecta, terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum. (Javolen.)

Wenn man diese Stelle nicht mit Glück [89]) von einem Erdsturz verstehn will, der durch die Lockerheit und Sumpfigkeit des Bodens, auf welchem das Haus gebaut ward, herbeigeführt wurde, was aber doch kaum mit dem Ausdruck, vi naturali vereinbar sein dürfte, so bleibt nichts Anderes übrig, um den Widerspruch mit der l. 39 von demselben Verfasser zu beseitigen, als die Erklärung Mommsen's anzunehmen [90]). Darnach ist die Stelle zu beziehen auf einen Fall, wo „der Bau nicht als ein Ganzes, sondern in der Weise verdungen war, daß eine theilweise Ablieferung stattfinden sollte, und daß im vorliegenden Fall ein Theil, dessen Annahme hätte verlangt werden können, wie z. B. ein Flügel des Gebäudes beendigt war.“ Alle übrigen Erklärungen, welche versucht sind z. B. von Koch, Recht der Forderungen III., S. 820, Unterholzner, Schuldverhältnisse II, § 509 u. A. verwickeln uns in Widersprüche mit Allem, was wir sonst in den Quellen ausgesprochen finden. Sollte aber endlich die Antinomie zwischen l. 36 und 37 einerseits und l. 59 andrerseits für unauflöslich erklärt werden, so daß wir lediglich auf die Natur der Sache verwiesen wären, so möchte doch allgemeinen Regeln nach der Inhalt der ersteren Stellen für den allein geltenden angenommen werden [91]).

Hiermit ist nun zwar eine Entscheidung gewonnen, in-

---

[89]) Commentar Bd. 17 p. 437, Anm. 11.

[90]) l. c. p. 378 ff. Vgl. die Zusätze und Berichtigungen zum 1sten Bande der Beiträge im 3ten Bande derselben.

[91]) Mit dem Römischen Recht stimmt überein das Preuß. Ld. R., welches nur hinsichtlich der Uebernahme eines Baus eine Ausnahme macht. S. Th. I, tit. 11, 960, 945—951, 966—969. Code civil Art. 1789—91.

wieweit der Unternehmer hafte für seine Gehülfen bei Ausführung der Arbeiten, insofern der Lohnanspruch, die Gegenleistung des Verdingers von ihrer Thätigkeit abhängt. Es bleiben aber noch mehrere hier einschlagende Fragen übrig. Der Unternehmer kann auch seinerseits dem Arbeitgeber zum Schadensersatz verpflichtet werden, z. B. wenn das opus durch seine Schuld verspätet oder in so schlechter Beschaffenheit geliefert wurde, daß dieser es nicht annehmen konnte, oder wenn die zur Verarbeitung oder zum Transport übergebenen Gegenstände durch ihn oder seine Gehülfen während der Arbeit oder nach der Vollendung beschädigt wurden. Ein Verschulden läßt sich in doppelter Weise als möglich denken,

1) in der Custodia und Ablieferung der vom Arbeitgeber dem Unternehmer anvertrauten Sachen, sowie des vollendeten opus.

2) in der Ausführung des opus, in der Vornahme der zur Herstellung desselben erforderlichen Arbeiten; hierher gehören nicht nur Verzögerung in der Ausführung, sondern auch Beschädigung des Arbeitsmaterials, der Objekte, an welchen das Opus ausgeführt werden soll, soweit es vom Arbeitsherrn hergegeben ist. In diesen Beziehungen wird immer, um eine Pflicht zur Entschädigung zu begründen, eine culpa des Unternehmers vorausgesetzt werden müssen, da es sich um Erfüllung einer Obligation von individueller Natur handelt.

Wären wir lediglich auf die Natur der Sache verwiesen, so dürfte vielleicht folgendes Raisonnement gelten.

Dasjenige, was der Unternehmer schuldet, ist ein Erfolg, das Resultat seiner auf Herstellung desselben gerichteten Bemühungen. Wie er dasselbe zu Stande bringe, mit welchen Mitteln ist so vollständig seine Sache, daß die Leitung der Arbeiten, die freieste Verfügung über Art und Wahl und Verwendung der ihm zu Gebote stehenden Hülfsmittel sein Recht ist. Dem Gläubiger haftet er nur dafür, daß das opus ihm zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der gehörigen

Beschaffenheit geliefert werde. Eben deshalb muß er für allen diesem erwachsenen Schaden eintreten, sobald es an den von ihm getroffenen Maßregeln, an der Beschaffenheit der von ihm verwendeten Mittel lag, daß der beabsichtigte Erfolg nicht Statt fand. Denn in diesem Fall kann man nicht umhin einzuräumen, daß er die Schuld trägt an der Nichterfüllung der Obligation. Der Debitor, welcher die höchste Sorgfalt in der Herstellung des opus bethätigen sollte, hat keineswegs dieselbe bewiesen, sobald seine Veranstaltungen mangelhaft waren und dadurch das Scheitern des Erfolgs herbeiführten [91a]). So spricht sich auch l. 13 § 1 D. loc. aus:

Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et quum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces stranstulerit, eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius; Labeo si culpa caret, non teneri ait, ceterum si vel invito domino fecit, vel quo non debuit tempore *aut si minus idoneae navi*, tunc ex locato agendum.

Die bloße Untauglichkeit des zweiten Schiffs (Lichters) soll hinreichen, um den Frachtführer in culpa zu versetzen.

Nichts Anderes als Werkzeuge, um die Schuld zu erfüllen, sind nun auch die Gehülfen, deren sich der Unternehmer bedient, um das opus herzustellen. Aber es wird eine culpa von seiner Seite sich diesen gegenüber ganz anders verhalten, als wenn er unbelebte Werkzeuge angewandt hätte. Beim Gebrauche der letzteren ist eine Beschädigung nicht anders denkbar, als durch die kulpose Handhabung derselben, nicht unmittelbar durch das Werkzeug selber. Hier ist es immer die eigne unmittelbare Handlung des Redemptor, welche die Ursache der Verletzung abgiebt. Dagegen bei Gehülfen, welche selbstthätig zu Werke gehen, läßt sich eine schadenstiftende Hand-

---

[91a]) Gutachten der Juristenfakultät zu Halle bei Koch, Eisenbahnen, Beilageheft S. 181, Seuffert, Archiv X S. 369 Note 1. Protocolle der Commission zum Entwurf eines allgem. d. Handelsges. Bd. II. S. 816.

lung denken, ohne daß ihr Herr unmittelbar daran betheiligt war, z. B. wenn sie in seiner Abwesenheit, unter Umständen, wo er sie gar nicht hindern konnte geschah. Nichtsdestoweniger wird ihn dem Gläubiger gegenüber die Verantwortlichkeit dafür treffen, da er die Gehülfen angestellt und dadurch die Ursache geworden ist, daß der Gläubiger seine Leistung, den Erfolg, nicht erhielt.

Jedoch nicht ohne Weiteres jede Handlung des Gehülfen verpflichtet ihren Herrn, sondern nur eine solche, aus welcher gegen ihn der Vorwurf einer culpa erhoben werden kann. Das ist nur eine solche, welche eine culpa in der Herstellung des opus involvirt. Nur dann, wenn die Gehülfen kulpos handelten bei der Ausführung ihrer Arbeiten, nicht so verfuhren, wie es nach dem Inhalt der Obligation geschehen mußte, ist der Debitor selbst in culpa, da es nun an der schlechten Beschaffenheit seiner Mittel, an der Unzulänglichkeit seiner Werkzeuge liegt, daß der zu leistende Erfolg nicht geleistet wird. Wenn die Gehülfen ihrerseits mit der höchsten Sorgfalt zu Werke gegangen sind und ein unglückliches Ereigniß verdirbt ihre Arbeiten, so ist von Seiten des Unternehmers Alles geschehen, was in seinen Kräften stand, um den Erfolg zu verbürgen.

Die Gesetze bestätigen diese Sätze an mehreren Orten. Die wichtigste von allen Stellen ist die l. 25 § 7 loc. 19, 2. Sie behandelt die Transportverdingung.

Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem silicet intelligemus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit. Idemque etiam ad ceteras res transferri potest. (Gajus.)

Der Inhalt dieser Stelle läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen:

1) Der Transportübernehmer haftet, d. h. muß allen Schaden ersetzen, den die zum Transport ihm übergebene Sache erlitten hat, z. B. durch Zerbrechen, Auslaufenlassen der Flüssigkeiten, Beschädigung durch Regen, Staub, Wind, wenn sie gegen solche Ereignisse durch Bedeckung geschützt werden konnte, wenn derselbe entstanden ist entweder durch seine Schuld oder die Schuld derjenigen, quorum opera uteretur. Als kulpos wird behandelt jeder Schaden, welcher durch die Sorgfalt eines homo diligentissimus verhindert werden konnte und da das Geschäft des Frachtführers einige technische Kenntnisse voraussetzt, jede durch Unkunde verursachte Schädigung l. 9 § 5 D. loc. 19, 2. Um den Debitor verantwortlich zu machen wird also immer eine culpa vorausgesetzt, daher cessirt seine Verpflichtung, wenn entweder unabwendbare Ereignisse oder eine eigne Handlung des Verladers die Ursache des Schadens waren, z. B. die mangelhafte Verpackung der versandten Waaren, die äußerlich nicht erkennbar war [92]).

2) Die Pflicht zur Sorgfalt dauert so lange als der Transport dauert, sie beginnt von dem Augenblick an, wo mit der Ausführung desselben der Anfang gemacht ist, und endigt in dem Augenblick, wo der Transport beendigt worden ist, si ea fracta sit, dum tollitur aut portatur aut reponitur [93]). Der Anfangspunkt der Haftung ist also nicht zu verlegen in den Moment, wo der Wagen, das Schiff, auf welches die Güter geladen sind, in Bewegung gesetzt wird, sondern in den des tollere der Güter, wenn sie von dem Frachtführer oder seinen Leuten aufgehoben werden. Darnach würde das Aufladen in die zum Transport bestimmten Werkzeuge schon mit in die Obligation fallen: man wird aber noch weiter gehen und auch schon das Fortschaffen der Güter von dem Orte der Absendung nach dem Orte des Aufladens hineinziehen müssen, also wenn der Frachtführer sie vom Ver-

---

[92]) Entw. d. d. Handelsges. 3te Lesung. Art. 395. Preuß. Ld. R. Th. II, tit. 8. § 2459.

[93]) Art. 371 — von der Empfangnahme bis zur Ablieferung.

sender abholt, das Aufheben von ihrem Lagerorte, wenn sie vom Versender ihm zugeführt werden müssen, das Abladen von dessen Fahrzeugen und die Aufnahme in die Räume (Pack-, Lagerhaus, Güterschuppen), in welchen der Frachtführer sie aufzubewahren pflegt, bis der eigentliche Transport beginnt.

Die Haftung währt fort, dum reponitur; sie endigt mithin nicht schon, wenn das Fahrzeug, in welchem die Sache versandt wird, an den Bestimmungsort angelangt ist, z. B. das Schiff im Hafen, der Bahnzug auf dem Bahnhofe der Ankunftsstation, sondern erst, wenn die Güter von dem Fahrzeuge abgeladen und an den Ort gebracht sind, wo der Frachtführer sie aufzubewahren pflegt, bis sie vom Adressaten bei ihm abgeholt werden oder, falls er die Hinschaffung in die Behausung des letzteren auch noch übernommen hat, wenn sie in diese gebracht sind.

In den Eisenbahnreglements wird der Anfangs- und Endpunkt der Haftung aus der Transportverdingung meistens sehr genau bestimmt und verschieden nach den Gegenständen, welche auf der Bahn befördert werden sollen [94].

3) Die Haftung des conductor für seine Leute bezieht sich auf sämmtliche aus der locatio conductio fließende Verpflichtungen. Nicht allein, daß in der Stelle nicht unterschieden wird, ob die Zerbrechung der Säule während ihrer Fortbewegung geschah, sondern es wird sogar diese Unterscheidung zurückgewiesen, indem aus der detaillirten Auflösung des ganzen Transportsgeschäfts in die einzelnen Handlungen des Aufladens, Fortschaffens und Abladens hervorgeht, daß der Jurist die Haftung des conductor auf die ganze Zeit, daß seine Verpflichtungen dauerten, bezogen sehen wollte. Er ist daher sowohl verantwortlich für die Beschädigungen des transportirten Gegenstandes durch Pflichtversäumniß bei den unmittelbar auf die Bewegung gerichteten Handlungen, als auch für die, welche er erlitt, während die Bewegung zeitweilig ruhte,

[94]) Koch a. a. O. § 57.

z. B. im Nachtquartier durch Unterlassung der nöthigen Wachsamkeit gegen Verletzung und Entwendung durch Dritte.

In der Stelle ist nur die Rede von einer Zertrümmerung der transportirten Gegenstände. Ohne Zweifel hat der Jurist diesen Fall nur beispielsweise gebraucht, weil er der wichtigste von allen ist, sodaß man die Verantwortlichkeit des Conductor für seine Leute auch auf jede andere Culpa anwenden darf, die in Beziehung steht zu dem herzustellenden opus, z. B. wenn der Transport durch ihre Schuld verzögert ward, wenn die Ablieferung nicht zur rechten Zeit oder an die rechte Adresse erfolgte. Es ist diese Stelle so aufzufassen, als ob sie nur der konkrete Ausdruck für den allgemeinen Gedanken sein soll, daß der Transportunternehmer für seine Leute in eben demselben Maße verantwortlich ist, wie er für sich selber haftet, insofern ihre Mitwirkung zur Erfüllung seiner Obligation stattfindet. Es lassen sich die Verpflichtung transportirte Sachen nicht zu beschädigen und die zur Ablieferung am rechten Orte und zur rechten Zeit nicht von einander trennen, da sie keine unter sich verschiedene Natur haben. Eben die Vereinigung aller macht das opus aus, zu welchem der Unternehmer sich anheischig gemacht hat.

4) Charakteristisch ist der Ausdruck, welchen Gajus gebraucht, um die Gehülfen des Transportunternehmers zu bezeichnen, eorum, quorum opera uteretur. Dieser sehr weite Ausdruck ist so allgemein, daß er alle die Personen, welche mit Wissen und Willen des Unternehmers an dem Geschäft des Frachtführers Theil nehmen, ergreift, mag ihre Thätigkeit in unmittelbarer Beziehung zum Transport stehen oder nicht. Er umfaßt die Arbeiter, welche in seinen Diensten, ständig oder vorübergehend, in seiner Kost und Lohn als Gesinde, oder bloß in Lohn, als Tagelöhner stehen, daher bei Eisenbahnen sowohl die, welche zu thun haben mit der Beladung und Leitung der Züge, Packmeister, Güterexpedienten, Schaffner, Lokomotivführer, als auch die, denen die Sorge obliegt, daß die Züge sicher fahren können, Bahnaufseher, Weichensteller

u. s. w., er begreift auch die Arbeiter des Absenders oder Adressaten, die nach seinen Anordnungen das Auf- oder Abladen der Güter besorgen, diejenigen ferner, welche freiwillig und unentgeltlich, oder gegen Vergütung ihm behülflich sind, wie z. B. die Arbeiter, welche beim Aufladen eines schweren Collis aus Gefälligkeit mit Hand anlegen, die Hausknechte, die im Wirthshause den beladenen Wagen in den Wagenschuppen zu bringen ihm helfen [95]).

Fraglich kann es sein, ob unter die Personen, quorum opera uteretur, auch die Zwischenfrachtführer gehören, welche der Transportunternehmer für die Strecken des Wegs engagirt hat, auf denen er selbst nicht fahren kann oder will oder nicht zu fahren pflegt. Der Entwurf des deutschen Handelsgesetzes dehnt die Haftung des Unternehmers ohne Weiteres auf sie aus (Art. 374) [95a]). Gewiß läßt sich aber Manches dagegen einwenden.

Ein gewöhnlicher Fuhrmann oder Schiffer, welcher den Transport nach einem Ort übernommen hat, mögen der Abgangs- und der Empfangsort in demselben oder in verschiedenen Staaten liegen, mag er seine Fahrt regelmäßig dorthin richten oder gerade das Gegentheil thun, darf, weil gerade auf seine persönliche Erfüllung Etwas ankommt, wenn auch Gehülfen verwenden, doch keinen Andern substituiren, auf den seine Pflichten und Rechte übergehen [96]). Thut er das Gegentheil, so macht er sich dadurch eines Vertragsbruchs schuldig, welches bewirkt, daß sämmtliche Folgen desselben ihn treffen. Und

---

[95]) Entw. Art. 374: Der Frachtführer haftet für seine Leute, für die Zwischenfrachtführer und für andere Personen, deren er sich bei der Ausführung des von ihm übernommenen Transports bedient.

Entw. 3te Lesung Art. 400. Der Frachtführer haftet für seine Leute und für andere Personen, u. s. w. Vgl. Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. IV H. 4. S. 578, 7 u. die das. citirten. Abweichend das Erkenntniß bei Seuffert XIII, 140.

[95a]) 3te Lesung Art. 401, 429, 430.

[96]) Preuß. Ld. R. Th. II, tit. 8 § 2458 und Th. I, tit. 11 § 928 u. 929.

würde er daher für jeden Schaden, welcher seinem Gläubiger aus der Substitution erwachsen, also für jede culpa des Substituten Schadensersatz zu leisten haben (s. § 5 u. 6.) Das Verhältniß scheint aber eine ganz andere Gestalt annehmen zu müssen, wenn mit einem solchen Frachtführer kontrahirt worden ist, welcher, wie dem Verdingenden bekannt, den Transport selbst nur auf einem Theile der zurückzulegenden Wegesstrecke besorgt, während er ihn für die übrigen Theile anderen Unternehmern überläßt, welche unabhängig von ihm selbstständig das Frachtführergeschäft betreiben, z. B. wenn die Post eines Landes die Beförderung von Personen oder Gütern nach andern Staaten, in denen sie nicht den Postbetrieb hat, oder die Unternehmer von Eisenbahnen oder Dampfschiffen die Beförderung über andere Linien, als sie selbst betreiben, übernommen haben. Man kann die Unternehmer und Eigenthümer dieser Zwischenlinien (fremder Staatsposten, Eisenbahnen und Schiffe) nicht als Gehülfen des ersten Contrahenten ansehen, da grade das wesentliche Kriterium eines Gehülfen, die Abhängigkeit von seinem Willen, bei ihnen fehlt, denn sie führen den Transport selbstständig und für eigene Rechnung aus. Sie fallen unter den Begriff von Substituten, die in ein für sich abgesondertes obligatorisches Verhältniß mit dem Verdingenden treten, wie sie auch der deutsche Entwurf aufgefaßt hat [97]. Folgerecht würde daraus hervorgehen, daß der Substituent, da in der Substitution an sich kein kulposer Akt liegt [98], für den Substituten nur soweit haften würde, als er eine culpa

---

[97]) 3te Lesung Art. 401.

[98]) Vgl. Preuß. Ld. R. 1, tit. 11 § 901. Koch, Eisenbahnen Abth. 2 § 19, 6: Jeder, welcher mit einem Frachtführer kontrahirt, von dem er weiß, daß er nur für eine gewisse Wegesstrecke den Transport selbst besorgt, willigt stillschweigend darin, daß er für die übrigen Strecken Andere an seine Stelle substituire. Dieß Wissen schließt die Annahme aus, daß der Debitor mehr habe versprechen wollen und sollen, als was er selbst zu leisten im Stande war. Es ist nicht zu läugnen, daß eine große Unbilligkeit darin liegt, für Jemanden unbedingt einstehen zu müssen, dem man Nichts befehlen, den man nicht kontrolliren kann. Und es ist ohne Zweifel

in eligendo verschuldet hätte. Jenen Vertrag, durch welchen sich eine Bahnverwaltung zum Transport nach einem über ihre Bahn hinausliegenden Punkte engagirt hätte, müßte man wie Koch und Beschorner [99]) gethan haben, als eine Transportverdingung auffassen, soweit die Beförderung auf der eigenen Bahn geschieht und als einen Speditionsvertrag, soweit er auf Anschlußbahnen stattfinden muß.

Diese Auslegung wird dann auch wirklich gelten müssen, wenn der kontrahirende Frachtführer beim Kontraktsabschluß ausdrücklich nur für sich selber und seine Leute einstehn zu wollen erklärte, die Haftung für die Frachtführer, denen er die empfangenen Güter zum Weitertransporte übergäbe, ablehnte. Wie die Eisenbahnbetriebsreglements regelmäßig die Bestimmung zu enthalten pflegen, daß die Verantwortlichkeit der Eisenbahnen für angenommene Güter sich nur erstrecke auf den Zeitraum, von deren Annahme bis zur Ablieferung an eine andere Bahnverwaltung [100]). Ebenfalls muß man von dieser Auslegung Gebrauch machen, wenn der kontrahirende Frachtführer den Transport nur für die Strecke, die er selbst befährt, übernommen, für den weiteren Weg aber sich vorbehalten hat, Andern die Güter zur Weiterbeförderung zu überliefern. Dagegen sobald er sich verpflichtet hat, Güter oder Personen vom Absendeplatz bis zum Bestimmungsort hinzuschaffen, so kann auch nur das als die Meinung der Kontrahenten angenommen werden, daß der kontrahirende Frachtführer dem Absender verantwortlich sein sollte aus dem Vertrage für den

---

dieser Grund, weshalb Hannover und Hamburg, wie der Hamb. Correspondent vom 16. Mai 1861 meldet, verlangen, daß die Bestimmung, nach welcher der Frachtführer für den von ihm übernommenen Transport bis zur Ablieferung am Bestimmungsort selbst dann verpflichtet sein soll, wenn er unterwegs den Weitertransport einem andern Frachtführer überlassen würde, auf den Eisenbahntransport keine Anwendung erleiden solle.

[99]) Th. 1. Koch l. c. Beschorner Eisenbahnrecht § 118 ff. Goldschmidt a. a. O. S. 578, 3 und die dort angeführten Erkenntnisse.

[100]) Koch l. c. § 196 Anm. 15.

ganzen Transport, — selbstverständlich unbeschadet seiner Ansprüche gegen den unmittelbaren Urheber eines Schadens, — mochte er die Beförderung nach dem Bestimmungsorte nun selber ausführen oder sich dazu der Beihülfe fremder von ihm unabhängiger Personen bedienen. Unterstützt wird diese Annahme dadurch, daß Eisenbahnen und Posten in Deutschland vielfach in Vereinen und Verbänden sich zusammengeschlossen haben, die gegenseitig die Verpflichtung eingegangen sind; Personen und Güter, welche ein Unternehmer dem andern zur Weiterbeförderung überweist, anzunehmen und zu transportiren [101]. Jedenfalls hat unsere Ansicht die Autorität des Röm. Rechts für sich, welches nur solche Personen kennt, quorum opera uteretur conductor, und auf die verschiedenen rechtlichen Verhältnisse, in welchen sie zu ihm stehen können, gar keine Rücksicht nimmt.

Aus dem Vorstehenden würde sich die Consequenz ergeben, daß der Transportnehmer, wenn er nicht vorzieht sofort sich an den unmittelbaren Urheber des Schadens zu wenden, sich zunächst an den Frachtführer hält, mit welchem er kontrahirt hat, der seinerseits dann wieder gegen den Zwischenfracht-

---

[101]) Koch a. a. O. § 196 u. § 131, meint, daß in Deutschland die Eisenbahn- und Postverbände als Societäten anzusehen seien, da sie sich dahin vereinigt hätten, daß die Abgangsstationen das Fahrgeld mittelst Ausgabe von Verbandbillets bei dem Personentransport, bzw. unter direkter Kartirung der Güter beim Gütertransport für den Verband als solchen erheben, indem die zunächst kontrahirende Bahnverwaltung nur als Mitglied des Verbands bzw. als deren Geschäftsführer den Abschluß des Transportvertrages mit den Transportnehmern vermittelt. Wäre diese Ansicht richtig, so dürfte der Absender aus der locatio conductio nicht bloß gegen den Transportunternehmer, mit welchem er sich eingelassen hatte, sondern auch gegen jedes andere Mitglied des Verbandes, welches gar Nichts mit dem Transport zu thun gehabt hätte, klagen. Allein eine Societät ist wohl schwerlich anzunehmen (S. die Recension des Koch'schen Werks von Goldschmidt in der Zeitschr. f. d. gesammte Handelsrecht Bd. II. S. 469), sondern nur ein wechselseitiges Bevollmächtigungsverhältniß entspringt aus dem Verbande, daher die Abgangsstation zugleich im Namen der übrigen bei diesem Transport mitbetheiligten Bahnverwaltungen kontrahirt.

führer, der den Schaden verschuldet hat, seinen Regreß nehmen kann.

5) Weil mit der Klage aus der locatio conductio das gesammte Interesse des Klägers, wenn die Leistung nicht erfolgt ist durch solche Umstände für welche der Beklagte einsteht, gefordert werden darf, muß der Beklagte d. i. der Frachtführer mit welchem abgeschlossen wurde, den durch eigne oder die Schuld seiner Gehülfen beim Transport zugefügten Schaden, und das lucrum cessans ersetzen [102]. Kläger braucht nicht die Verschuldung des Beklagten zu beweisen, um mit der Klage durchzudringen, sondern nur die Existenz des Vertrages und die Nichterfüllung; Sache des Bekagten ist es darzuthun, daß die Nichterfüllung ohne seine Schuld durch Umstände erfolgte, für die er keine Gewähr zu leisten braucht [103].

Ob ein Vertrag, durch welchen die gesetzlichen Regeln abgeändert werden, indem der Transportunternehmer sich für gewisse Fälle Freiheit vom Ersatz ausbedingt oder nur einen im Voraus fixirten Betrag zu zahlen verspricht, zulässig sei, ist in der Gegenwart eine vielfach ventilirte Frage gewesen. Veranlassung dazu hat die in allen Eisenbahnreglements enthaltene Clausel gegeben, daß die Eisenbahn im Fall eines Verlustes oder einer Beschädigung der versandten Güter nur 20 Thaler per Centner Gewicht, verletzten oder getödteten Personen nur die Kurkosten ersetzen wolle [104]. Niemandem zwar ist es eingefallen für gewöhnliche Frachtführer, Posten u. s. w. einen solchen Vertrag wie den obigen für Etwas

---

[102]) Nach dem Reglement des deutschen Eisenbahnvereins erstreckt sich die Entschädigungspflicht nie auf eine höhere Summe als den allgemeinen Handelswerth des verlornen oder beschädigten Gegenstandes am Ort und zur Zeit der Aufgabe, nicht auf entgangenen Gewinn. Für verspätete Ankunft am Bestimmungsorte wird Passagieren gar keine, Güterversendern eine Entschädigung nur bis zum Belaufe des Frachtlohns gezahlt.

[103]) Entw. 3te Lesung Art. 395, 397.

[104]) Koch l. c. § 7. Es ist verkehrt diese Frage bloß mit Bezug auf das im Text Gesagte zu erörtern, sie bezieht sich ebenfalls auf die in der Anm. 102 erwähnten Bestimmungen.

Unerlaubtes zu halten, soweit er nicht eignen dolus oder lata culpa des Contrahenten betrifft, welche zum vollen Ersatz verpflichten, ohne daß die Haftung dafür ausgeschlossen werden darf [105]). Nur für die Eisenbahnen wird er als der guten Sitte und der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufend für unstatthaft und wirkungslos erklärt. Sie, sagt man, haben gewissermaßen ein Verkehrsmonopol, ein Bannrecht, indem sie durch ihren billigen Transport jede Concurrenz Anderer ausschließen; sie nöthigen das Publikum, welches sich ihrer bedienen muß, sich den einseitig erlassenen Vorschriften ihrer Reglements auf Gnade und Ungnade zu unterwerfen. Es werde insofern auf das Publikum ein Zwang geübt, der nicht geduldet werden dürfe.

Man mag vom legislativen Standpuncte aus diese Clausel der Betriebsreglements für verwerflich halten, obwohl bei unbefangener Betrachtung der gegen dieselbe erhobene Tadel sich meist als unbegründet ausweist [106]).

Der loyale Richter muß, wenn ein Reisender oder ein Verlader nach den Bedingungen des Reglements mit der Bahnverwaltung kontrahirt hat, die Convention aufrecht erhalten und die daraus erworbenen Rechte schützen. Daß ein solcher Vertrag mit der actio quod metus causa nicht rescindirt werden könne, bedarf keines Beweises; jeden andern psychologischen Zwang aber erklärt das Römische Recht für vollkommen erlaubt; gestattet Jedem die günstigen Conjunkturen für sich auszunutzen und macht Niemandem einen Vorwurf daraus, wenn er ein faktisches Monopol ausbeutet. Denn, quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus juris est [107]).

---

[105]) Vgl. Entw. Art. 396; l. 23 D. de R. J. 50. 17; l. 27 § 3 D. de pact. II., 14; l. 7. pr. D. nautae 4, 7.

[106]) Protokoll der Nürnberger Commission Bd. II. S. 287 ff.

[107]) l. 22 § 3 D. loc. 19, 2.

Es ist diese Ansicht so vielfach in oberstgerichtlichen Urtheilen ausgesprochen, daß als unbestritten angenommen werden darf die Gültigkeit eines Vertrags, wodurch sich eine Eisenbahnverwaltung Freiheit vom Ersatz alles Schadens ausmacht oder nur ein bestimmtes Quantum zu zahlen sich verpflichtet, soweit der Schade bloß durch culpa levis der Bahnbeamten entstanden ist [108]. Die Meisten, auch Koch nehmen aber den Fall eines durch dolus und culpa lata verursachten Verlustes aus und wollen dann die den Umfang der Schadensersatzpflicht beschränkenden Bestimmungen der Reglements nicht als bindend anerkennen. Auch diese Beschränkung muß verworfen werden und zwar aus folgenden Gründen:

1) Das Römische Recht erklärt zwar den Vertrag, ne dolos praestetur, für unverbindlich, weil den guten Sitten zuwider [109], allein in allen den in den Anmerkungen angeführten Stellen ist offenbar nur von dem eignen dolus des Kontrahenten die Rede. Für sich selber die Erlaubniß ausbedingen, dolos verfahren zu dürfen ist allerdings unsittlich, aber darum handelt es sich gar nicht bei jenen Bestimmungen der Reglements. Die Eisenbahngesellschaften oder der Staat als Unternehmer selbst sind Vereine von Personen, welche als solche in dolo nicht versiren können; ihre Beamten allein sind eines dolus fähig; dies sind aber ganz andere Personen als die kontrahirende Eisenbahngesellschaft; daß etwas Unsittliches läge in dem Vertrage, nicht für den dolus eines Dritten einstehen zu wollen, läßt sich schwerlich behaupten. [109a.]

2) Jene Punkte, um die es sich hier handelt, haben gar nicht den Zweck die Schadensersatzpflicht aufzuheben; die Intention bei den Bestimmungen der Reglements ist vielmehr, wie

---

[108]) Koch l. c. § 7.

[109]) l. 23 D. de R. J. 50, 17; l. 27 § 3 D. de pat. II, 14; l. 17 pr. D. comm. 13, 6; l. 1 § 7 D. depos. 16, 3; l. 6 § 9, l. 11 § 15, 16 D. emti. 19, 1.

[109a.]) Zum Theil einverstanden Goldschmidt a. a. O. S. 580 ff. Allem Streit ist ein Ende gemacht durch den Entw. (3te Les.) Art. 427.

das Darmst. Oberappellationsgericht sich treffend ausgedrückt hat [110]: „dadurch daß für Waarenballen, die von dem Versender nicht unter Angabe des Werths besonders versichert werden, zum Voraus im Allgemeinen der Werthersatz für den Fall des Verlustes festgesetzt wird, für diesen Fall allen hochgesteigerten Ansprüchen und allen Rechtsstreiten zuvorzukommen.“ — auch das Erkenntniß des Obertribunals in Berlin bei Koch Vgl. a. a. O. § 11. Die Eisenbahnverwaltungen verpflichten sich also Schadensersatz für dolus wie für culpa zu leisten, bedingen sich mithin gar nicht aus, ne dolus praestetur. Es steht übrigens jedem Güterversender frei, sich einen höhern Ersatz zu sichern durch Bezahlung eines geringen Frachtzuschlags; der volle Ersatz bei Gütern für dolus wie für culpa ist mithin nur an gewisse Bedingungen geknüpft.

Die Gewährung der vollen Entschädigung ist nicht unbedingt ausgeschlossen; die Bestimmung, daß versandte Güter nicht höher als mit 20 Thalern per Centner bezahlt werden, enthält die Festsetzung eines Maximums für den Ersatz, über welches nicht hinausgegangen werden soll. Wo also die Ersatzsumme diesen Betrag nicht erreicht, weil entweder die verlorne oder beschädigte Sache nicht einen Centner Gewicht hat, oder weil ihr Werth geringer ist als 20 Thaler per Centner, da ist der volle Schade zu vergüten, der jedoch niemals den Handelswerth der verlornen oder beschädigten Sache übersteigen kann.

6) Die l. 25 § 7 cit. will keineswegs bloß eine Entscheidung für einen konkreten Fall geben, wie noch Hasse [111]) und Glück [112]) anzunehmen scheinen, welche die weitgehende Verantwortlichkeit des Transportunternehmers für seine Leute erklären wollen von einem Fall, wo jeder Mensch viel Sorgfalt anwende. Dem widerspricht entschieden der Schluß des

[110]) Koch a. a. O. Anm. 11.

[111]) a. a. O. p. 540.

[112]) Commentar Bd. 17 § 1050 p. 355.

Gesetzes. Die Sache, welche der Jurist in seinem Beispiel erwähnt hatte, die columna hat zwei besondere Eigenschaften, die Speciesqualität und die Kostbarkeit. Um nun nicht zu dem Glauben zu verleiten, als ob der Grund seiner Entscheidung in diesen beiden Eigenschaften zu suchen wäre, nimmt er beispielsweise andere Sachen, denen sie abgehen, dolia und tigna, welche regelmäßig nur generischen und dann auch nicht sehr großen Werth haben. Zum Ueberfluß fügt er dann noch hinzu, daß seine Sätze generell auf alle übrigen Sachen anzuwenden seien. Idemque etiam ad ceteras res transferri potest. Dagegen könnte man versucht sein zu glauben, daß die Haftung des Transportunternehmers sich nicht auch auf verwundete oder beschädigte Personen erstreckte, da in der l. 25 § 7 nur von Sachen nicht von Personen die Rede ist. Diese Beschränkung auf Sachen ist jedoch nur für eine zufällige zu halten; die l. 13 § 2; l. 19 § 7 de D. loc. 19, 2 zeigen, daß die Uebernahme des Transports von Personen ebenfalls als locatio conductio angesehen werden muß. Und es ist kein Grund vorhanden, dem Conductor in diesem Falle weniger oder geringere Verpflichtungen aufzuerlegen, als beim Sachentransport, etwa, weil Sachen willenlose Gegenstände sind, Personen aber nicht. Dieser Umstand hat nur die Folge, daß die Letzteren auch durch eigene Schuld eine Verletzung verursachen können.

Nach den Regeln der locatio conductio haften nun alle Transportunternehmer, mögen sie das Frachtführen gewerbsmäßig betreiben oder nur zu vereinzelten Malen übernehmen [113]), mögen sie es im Großen mit besonders dazu getroffenen Anstalten wie Eisenbahnen, Dampfschiffe oder ohne solche und mit welchen Mitteln sie wollen zu Wasser wie zu Lande betreiben.

Wenn eben die Transportverdingung einer eingehenderen Betrachtung unterzogen wurde, so geschah es nicht deshalb,

---

[113]) Entw. 3te Lesung Art. 420, 421.

weil etwa für diese eine besondere, exceptionelle Theorie behauptet werden sollte, sondern lediglich aus dem Grunde, weil die l. 25 § 7 cit., die Stelle, welche am ausführlichsten die Frage von der Haftung für Gehülfen behandelt, sich auf den Transportvertrag bezieht. Alles was von diesem gilt, ist nicht minder anwendbar auf jede locatio conductio operis. Es läßt sich dies in allen Beziehungen durch Quellenzeugnisse erweisen:

1) Verschulden in Betreff der Ausführung des opus. Es lassen sich hier wiederum mehrere Fälle unterscheiden; den einer mangelhaften, schlechten Ausführung der Arbeit behandelt l. 13 § 5, 6 D. loc. 19, 2:

Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, *si imperitia facientis, erit*. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat, tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio.

§ 6: Si fullo vestimenta polienda acceperit, eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. (Ulp.)

Wer die Bearbeitung einer Sache übernommen hat, muß für die Beschädigungen der zu bearbeitenden Sache haften, sobald diese durch die imperitia facientis verursacht sind, dagegen nicht, si vitio materiae. Es wird nicht unterschieden, wer der Arbeitende gewesen, ob der Debitor selbst oder ein Gehülfe; daß die Ungeschicklichkeit des Arbeiters die Ursache des Bruches war, reicht hin, um eine Entschädigungsforderung zu begründen. Da, quod imperitia peccavit culpa est, so wird auch jede andere culpa bei Ausführung des opus dieselbe Wirkung äußern, wie denn die angeführte l. 13 § 6 mehrere Beispiele der Art enthält.

Auf eine Verzögerung der Ausführung des opus bezieht sich die l. 15 D. de V. O. 45, 1.

Et si haesitatur, si aliqua pars insulae facta sit,

deinde incendio consumta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam, an vero reliquum dumtaxat exspectandum, quod deerat. Et verius est, ut integrum ei detur. (Pompon.)

Es wird hier die Frage erörtert, welche Ansprüche der Verdinger eines opus, eines Baus, daraus gewinne, daß nachdem der Bau vor der Vollendung durch ein nicht in der Gewalt des Unternehmers stehendes Ereigniß, wieder vernichtet ist, zu erwarten steht, der Unternehmer werde seine Verpflichtungen innerhalb der festgesetzten Zeit nicht einhalten können. Daß er mit Erfolg vor Ablauf dieser Zeit nicht klagen könne, liegt auf der Hand, da ihm die Einrede entgegengesetzt werden wird, daß die Verpflichtung zur Erfüllung noch gar nicht eingetreten sei. Aber selbst nach Verstreichung des Zahlungstermins ist der Unternehmer nicht sofort schadensersatzpflichtig; die verspätete Erfüllung allein genügt nicht, um ihn auf Ersatz wegen der Verzögerung zu belangen, sie muß verschuldet sein. Wenn ein Umstand sie bewirkt hat, welcher keine culpa des Unternehmers enthält, wie z. B. ein incendium, so muß ihm, sobald er bereit ist, seine Obligation zu erfüllen, soviel Zeit gelassen werden, als nothwendig ist, um den Bau wieder herzustellen. Diese Zeit wird sehr natürlich darnach berechnet, was die Contrahenten selbst bestimmt haben, mithin die ursprüngliche Erfüllungszeit. Umgekehrt, wenn die Verzögerung in einer culpa des Unternehmers oder seiner Leute ihren Grund gehabt hätte, würde der Lokator jede Entschädigung für die verspätete Lieferung fordern können.

Eine ähnliche Entscheidung wird gegeben für den Fall einer verkehrten Ablieferung des opus, z. B. daß die angefertigte oder ausgebesserte Sache nicht an die richtige Adresse befördert worden ist. Auch hier kommt es bloß darauf an, ob der Unternehmer oder einer seiner Leute davon die Ursache war:

l. 13 § 6 D. loc. 19, 2: et si pallium fullo permutaverit, et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.

2) Insoweit dem Unternehmer eines opus auch die custodia obliegt, haftet er auch in dieser Beziehung für alle Verschulden seiner Gehülfen, daher sowohl, wenn sie selbst die anvertrauten Gegenstände beschädigen, als wenn sie dieselben stehlen. Der Beweis hierfür liegt in der l. 5 § 8 und 10 D. de inst. act. 14, 3.

Idem ait; si libitinarius, quos graece „νεκροθάπτας“ (mortuorum sepultores) vocant, servum pollinctorem habuerit, isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem.

Sed et quum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus habernam instructam tradiderat, imperaret, post cujus profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset — sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si affirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur [114].

Demnach würden wir für eine locatio conductio operis, deren Object eine anzufertigende Sache ist, folgende Regeln aufstellen können:

Der Unternehmer eines Werks muß für jedes Verschulden bei Herstellung desselben Ersatz leisten, daher sowohl für die Beschädigung der zu verarbeitenden Sachen, soweit sich dieselben auf Verschulden des Arbeiters in der custodia oder bei der Arbeit zurückführen lassen, als auch für die in irgend einer Beziehung mangelhafte Ausführung des opus, soweit sie auf einer culpa beruht. Culpa aber ist hier immer anzunehmen, wenn die Sorgfalt eines homo diligentissimus nicht beobachtet ist, und er wird stets verantwortlich gemacht für die aus Unkunde des zur ordentlichen Vornahme der Arbeiten nothwendigen Kenntnisse und begangenen Versehen. Diese Verantwortlichkeit für die Gehülfen beginnt in dem Moment, wo mit der Ausführung der Obligation der Anfang gemacht ist und endigt, sobald diese vollendet ist. Sie erstreckt

---

[114]) Vgl. § 19. l. 25 § 8, l. 60 § 2 D. loc. 19, 2.

sich auf alle Personen, welche in irgend einer Weise zu Dienstleistungen bei Anfertigung des opus benutzt werden, auf alle, welche im Auftrage des Unternehmers oder mit seiner Genehmigung an dem Zustandebringen des opus Theil nehmen, mögen sie Vergütung für ihre Bemühungen erhalten oder nicht. Der Gläubiger, der Verdinger, kann sein gesammtes Interesse mit der actio locati verfolgen und er braucht zu diesem Zweck nur die Begründung der Obligation und das Vorhandensein eines Schadens zu beweisen, wogegen es dem Schuldner dem Beklagten vorbehalten bleibt, sich zu exkulpiren durch den Nachweis, daß ein Zufall den Schaden verursacht habe.

Sowie die gesetzlichen Regeln durch ausdrückliche Vereinbarungen unter den Contrahenten ergänzt werden dürfen, z. B. wenn für den Fall einer verspäteten Lieferung im Voraus eine Conventionalstrafe ausbedungen wird, z. B. l. 113 pr. l. 124 D. de V. O. oder daß der Unternehmer das periculum casus in Betreff der Arbeiten auf sich nimmt l. 13 § 5 D. loc., so können sie natürlich auch abgeändert werden. Es kann ausgemacht werden, daß der Betrag des event. vom Verdinger zu fordernden Interesses einen gewissen Betrag nicht übersteigen, daß der Unternehmer für gar Nichts einstehen wolle. Ein dahin gehender Vertrag ist immer als stillschweigend abgeschlossen anzunehmen, wenn der Unternehmer bestimmte Vorschriften über die Art der Ausführung des opus erhielt. Sind bei der Arbeit diese Vorschriften befolgt worden, so ist für den schlechten Ausgang, z. B. für die darauf beruhenden vitia operis, der Unternehmer nicht verantwortlich, er trifft allein den, welcher die Vorschriften gegeben hat, d. h. den Verdinger [115].

Das Resultat des Vorstehenden ist also, daß der, welcher ein opus auszuführen übernimmt, für die Verschulden der von ihm zur Herstellung des opus verwandten Gehülfen grade in

---

[115] l. 5 § 1. l. 60 § 1 D loc. 19, 2.

demselben Umfange einsteht, wie für seine eigenen. Hiermit stimmen die neuen Gesetzbücher überein [116]).

Die Grundsätze, welche hier an der locatio conductio operis nachgewiesen wurden, sind keine dieser Obligation eigenthümlichen. Weil sie vielmehr beruhen auf der Natur der Opusobligation, so sind sie auf alle Obligationen anzuwenden, welche auf ein opus gerichtet sind, auch wenn sie nicht auf einem Miethvertrage beruhen. So wenn die Verpflichtung aus Schenkung, Vermächtniß herrührt. Eine wichtige Klasse unter ihnen bilden heutzutage die aus Innominatkontrakten begründeten Obligationen. Die Eigenthümlichkeiten und Besonderheiten, welche diesen wegen ihrer Entstehung anklebten, sind im heutigen Recht verschwunden und sie müssen jetzt nach Analogie der locatio conductio operis beurtheilt werden, so namentlich, was das Maß der vom Unternehmer zu prästirenden diligentia anbetrifft [117]).

Fünftes Capitel.

Besondere Verhältnisse.

1. Haftung für den institor.

§ 19.

Unter den älteren wie neueren Juristen findet sich vielfach die Ansicht verbreitet, daß die Principale durch die Handlungen ihrer Institoren in viel umfassenderem Maße verpflichtet würden, als durch die gewöhnlichen Prokuratoren. Sie sollten nicht nur aus deren Contrakten, sondern sogar aus deren unerlaubten Handlungen, selbst eigentlichen Delikten, wenn sie mit ihrer Gewerbsverwaltung in Verbindung standen, ver-

[116]) Preuß. Ld. R. Th. I tit. 11 § 929, 930. Code civil Art. 1797.
[117]) Mommsen, Beitr. I. S. 404.

pflichtet werden [118]). Gewiß weil sie dem modernen Rechtsbewußtsein entsprach, behauptete sich diese Meinung trotz des Widerspruchs, welchen sie von einigen namhaften Juristen [119]) fand, nicht nur in der Theorie und Praxis, sondern war sogar die herrschende Ansicht. Sie ist auch in die neuern Gesetzbücher übergegangen, welche wenigstens vom kaufmännischen Institor die Regel aufstellen, daß der Principal den durch widerrechtliche Handlungen eines solchen in Ausführung eines Geschäfts, auf welches sich sein Auftrag erstreckte, einem Dritten zugefügten Schaden ersetzen müsse [120]).

Nach den allgemeinen Ausdrücken, in welchen diese Theorie vorgetragen wird, darf man als die Willensmeinung ihrer Vertreter annehmen, daß sie die umfassende Verantwortlichkeit des Principals für den Institor nicht auf Verschulden bei Eingehung von Obligationen beschränken, sondern sie ebenfalls auf die bei Erfüllung von Verbindlichkeiten erstrecken wollen.

Neuerdings haben sich mehrere Stimmen gegen sie erhoben; Fritz in seinen Erläuterungen zu Wening-Ingenheim [121]) suchte sie umzustoßen durch eine sorgfältigere Auslegung der einschlagenden Digestenstellen; Thöl endlich in seinem Handelsrecht [122]) hat sie völlig verworfen, er unter-

---

[118]) Voet, comment. ad Pand. s. t. 14, 3 § 4, Anton Faber, Ration. ad Pand. in l. 5 § 8 D. 14, 3; Glück, Comment. Bd. XIV. S. 193, 247 ff.; Pöhls, Handelsrecht I. § 38. Goldschmidt, Zeitschr. für Handelsr. IV, 4. Ueber die Haftungspflicht der Eisenbahnen.

[119]) Cocceji jus civ. controv. h. t. qu. 4. Berger, resolut. legg. obstant. h. t. qu. 3.

[120]) Preuß. Entw. eines Handelsges. Art. 42 und Art. 57. Nürnberger Entwurf Art. 53. Bei der 3ten Lesung ist dieser Paragraph weggefallen. Nach Art. 55 ist der Prokurist aus den Handlungen, die er mit Ueberschreitung seiner Prokura vorgenommen, allein dem Dritten verantwortlich. Code civil Art. 1384 und hierzu Pardessus, cours de droit II p. 618. Daß diese Ansicht nicht in das Preuß. Ld. R. Eingang gefunden hat, ist wohl dem Einflusse Cocceji's zuzuschreiben. Vgl. Preuß. Ld. R. II tit. 8 § 515—519.

[121]) Heft 3, p. 238 ff.

[122]) § 33. Uebereinstimmend Brinckmann, Handelsr. § 120 № VII.

scheidet zwischen der Eingehung und Erfüllung von Obligationen. Was Verschuldungen in Beziehung auf die erstere betreffe, z. B. wenn der Institor gegen die Vollmacht handle, so komme es darauf an, ob der Dritte guten Grund hatte, den Contrakt für der Vollmacht gemäß zu halten, in diesem Fall hafte der Principal. Begehe aber ein Institor, der zur Erfüllung von Obligationen gebraucht werde, eine Widerrechtlichkeit, so müßten die gewöhnlichen Grundsätze über die Zuziehung von Mittelspersonen entscheiden. Denn der Institor, welcher nicht kontrahire, sei gar nicht in seiner Sphäre als Institor. Endlich für widerrechtliche Handlungen, unabhängig vom Contrakt und dessen Erfüllung hafte der Principal gar nicht.

Eine genauere Betrachtung der Gesetze, auf welche jene ältere Ansicht sich beruft, wird ihre Unrichtigkeit nachweisen. Diese Stellen in den Gesetzen sind l. 5, § 8, 10, l. 11 § 4 D. de inst. act. 14, 3 und l. 5 § 3 D. de doli mali exc. 44, 4.

Wie bekannt wurde der Rechtssatz, daß Jemand durch die Contracte eines Andern berechtigt und verpflichtet werden könne, zuerst für die magistri navis und institores eingeführt und blieb lange Zeit singuläres Recht. Eben aus diesem Grunde mußte es von höchster Wichtigkeit sein, festzustellen, welche Personen als magistri navis oder als Institoren anzusehen seien. Der Begriff der ersteren ließ sich der Natur der Sache nach leichter angeben, als der eines Institors, dessen Gestaltungen im Verkehr viel mannichfaltiger sind. Wie nun der Titel de exercitoria actione damit eingeleitet wird, festzustellen, wer für einen magister navis zu halten, die Merkmale anzugeben, aus denen dieser Begriff zusammengesetzt wird, so wird auch im Anfange des Titels de institoria actione von verschiedenen Personen untersucht, ob sie für einen Institor anzusehen seien. Die l. 5, die in dem ganzen Plan, der Anlage und Ausführung ihres Inhalts der l. 1 D. 14, 1 adäquat ist, mit welcher sie auch denselben Ursprung gemein hat (Ulpian. lib. XXVIII. ad Edictum) beschäftigt sich in ihrer ersten Hälfte damit, zu untersuchen, ob auf gewisse Person die Be-

zeichnung eines Institor anwendbar sei[123]). In diesem Zusammenhange stehen nun auch die Paragraphen 8—10, in denen diese Frage besonders mit Rücksicht auf solche Person, die Jemand in seiner Werkstatt oder Fabrik verwendet, erörtert wird. Auf diese Gesetze beruft man sich, um nachzuweisen, daß der Principal für jedes Versehn seines Institors und dessen Geschäftsführung hafte. Es ist klar, daß ihre Verbindung mit den vorhergehenden Paragraphen beweist, daß von dieser Frage nicht im Entferntesten die Rede ist, sondern nur von einer ganz andern, nämlich der, ob die kontrahirende Person dieser Stellen die Qualität eines Institors hatte oder nicht.

l. 5 § 8 Idem ait, si libitinarius, quos graece „νεκροθάπτας“ mortuorum sepultores vocant, servum pollinctorem habuerit, isque mortuum spoliaverit, dandam in eum quasi institoriam actionem, quamvis et furti et injuriarum actio competeret[124]). (Ulp.)

Der Gedankengang dieser Stelle ist folgender, der servus pollinctor ist Institor; durch seinen Contrakt wird folglich sein Principal obligirt; dieser Contrakt, der die Beerdigung einer Leiche zum Gegenstande hat, ist eine locatio conductio operis[125]), aus welcher der Unternehmer für alle Verschulden seiner Gehülfen in Betreff der ihm anvertrauten Gegenstände haftet. Da nun der servus pollinctor auch zu den Arbeitsgehülfen gehört, so bezieht sich die Verantwortlichkeit ex locato auch auf ihn. Weil aber der Unternehmer den Contrakt nicht selbst geschlossen hat, sondern durch einen Institor, so kann die Klage aus demselben nur als institorische gegen ihn angestellt werden[126]). Zugleich kann aus dem Verschulden des Gehülfen (Beraubung) die entsprechende Deliktsklage eingestellt

[123]) Vgl. l. 5 pr. — § 7.

[124]) Vgl. Fritz, Erläuter. Heft 3 S. 239.

[125]) Vgl. Glück, Commentar XIV. S. 247 Anm. 35.

[126]) Das quasi erklärt sich wohl daraus, daß der Urheber Bedenken trug, den servus pollinctor eines libitinarius für einen eigentlichen Institor zu erklären.

werden, da der Unternehmer, als dominus des Verletzers (servus pollinctor) aus dessen noxa verbindlich ist.

Daß der Principal deshalb für das Delikt des servus pollinctor herkommen müsse, weil derselbe sein Institor war, folgt also ganz und gar nicht aus dieser Stelle. Eben dasselbe würde auch gelten, wenn der pollinctor gewöhnlicher procurator gewesen wäre. Wenn z. B. derselbe als procurator kontrahirt und die Leiche in Empfang genommen hätte, so würde der libitinarius aus der locatio conductio verantwortlich gewesen sein, für jede Beschädigung der Leiche, die sein Prokurator ihr zugefügt hatte. Keine Singularität enthält ferner der § 9:

Idem ait si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta praesenti, ut per dies singulos iis panem praestaret, conturbaverit, dubitari non oportet, quin, si permisit ei ita dari summas, teneri debeat. (Ulp.) Daß der Bäckerbursche als institor angesehen werden muß, leidet nach l. 5 § 3 keinen Zweifel; die Frage dreht sich nur darum, zu welchen Geschäften er bevollmächtigt war. Brod gegen Baar durfte er verkaufen, da er dazu grade herumgeschickt wurde, einen Lieferungsbedarf aber durfte er nicht ohne besondere Erlaubniß eingehen. Es liegt in der Natur der Sache, daß ein Austräger, welchen ein Gewerbetreibender um seine Waaren zu verhökern, in den Straßen eines Orts umhersendet, wohl dafür Zahlung annehmen, aber keine Verpflichtungen eingehen könne, welche erst in der Zukunft sich wirksam zeigen sollen. Sein Geschäft ist es, die ihm anvertrauten Waaren zu verkaufen, nicht Versprechungen zu machen und im Voraus für künftige Leistungen Zahlung zu empfangen. Das letztere kann ihm nun freilich auch übertragen sein und dann wird der Principal auch durch seine Contrakte verpflichtet. War ihm in Folge eines solchen Contrakts Geld im Voraus von den Kunden bezahlt, und er bringt dies durch, so ist das ein Schade des Principals, der ihn zum Empfang des Geldes

ermächtigt hatte. Grade wie der, welcher ein Darlehn aufnehmen will und den Gläubiger anweist, die Darlehnssumme dem dazu abgesendeten Prokurator zu zahlen, den Verlust zu tragen hat, falls der Gläubiger das empfangene Geld unterschlägt.

Aus demselben Gesichtspunkt erklärt sich auch der sehr bestrittene § 10:

Sed et quum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cujus profectionem vestimenta discipulus accepisset, et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus; sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si affirmaverit mihi, me recte credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur.[127]) (Ulp.)

Wir folgen der Auslegung, welche Dedekind an dem unten angeführten Orte gegeben hat. Darnach ist der Inhalt dieser Stelle folgender.

Ein Walker, der verreisen will, bittet einen Kunden, auch während seiner Abwesenheit sein Geschäft mit Aufträgen zu versehen[128]), mit der Versicherung, daß er seine Werkstatt wohl eingerichtet zurücklasse. Diese Aufforderung kann möglicherweise unter einen doppelten Gesichtspunkt gebracht werden.

---

[127]) Vgl. die Erklärung dieser Stelle von Dedekind im Archiv f. civil. Praxis Bd. 41 S. 192—214. Hier sind die abweichenden Erklärungen dieser Stelle gründlich widerlegt, so daß es eines weiteren Eingehens auf dieselben nicht bedarf. Dedekind führt hier die Ansicht aus, welche Puchta, Pand. § 278, nur angedeutet hat. Die Textesemendation — statt imperaret zu lesen: imperarem — abgesehen davon, daß sie die Basiliken für sich hat, würde zwar zum besseren Verständnisse der Stelle ungemein Viel beitragen, allein unbedingt erforderlich ist sie nicht. Man möchte sich die Sache etwa so erklären. Während Ulpian den ersten Satz schrieb, dachte er an einen Dritten, der bei dem fullo Bestellungen machen wollte, und sprach daher in der dritten Person; im Verlaufe der Rede aber lebhafter werdend, dachte er sich selbst in der Stellung dieses Dritten und änderte folglich seine Rede, indem er jetzt in der ersten Person zu schreiben anfing.

[128]) imperare in der Bedeutung von Auftrag geben, Dedekind a. a. O. S. 197 bei rogare zu ergänzen „aliquem“.

Es ist nämlich denkbar, daß sie schon einen bestimmten Charakter angenommen hat, daß sie eine vollständige Vertragsproposition enthält, so daß es nur der Annahme von Seiten dessen, dem sie gemacht ist, bedarf, um einen fertigen Contrakt hervorzubringen, oder sie ist nur noch als ein unbestimmter Wunsch aufzufassen. Im ersten Fall, wenn z. B. der Walker einem Kunden versichert hat, er stehe für seine Leute, man brauche die Sachen nur an Einen von ihnen abzugeben, so ist, falls ein Kunde in Folge dieser Versicherung Kleidungsstücke einem Arbeiter überliefert, mit dem Walker selbst kontrahirt und zwar eine locatio conductio operis, aus welcher er für alle Verschuldungen seiner Gehülfen haftet.

Plane si affirmaverit mihi, recte me credere operariis, non institoria sed ex locato tenebitur.

Im andern Fall dagegen, wenn die Aufforderung unbestimmter, allgemeiner gehalten war, konnte durch die Einlassung auf dieselbe, d. h. durch die Abgabe eines Kleidungsstücks an einen Geschäftsgehülfen deshalb nicht die Wirkung hervorgebracht werden, daß sofort ein gültiger Vertrag zu Stande kam. Hier mußte vielmehr ein Vertrag mit dem Arbeiter vorhergehen, um eine bindende Verpflichtung deshalb zu erzeugen. Aber es kam darauf an, ob der Arbeiter autorisirt war zu einem solchen Vertrage.

Ohne Weiteres kann nun einem Arbeiter in der Werkstatt eines Handwerkers oder einer Fabrik nicht die Befugniß zuerkannt werden, für seinen Arbeitsherrn Rechtsgeschäfte abzuschließen; denn er ist nur dazu da, in der Werkstatt zu arbeiten und hat Nichts mit dem Absatz der Produkte zu schaffen.[129]) Es muß also im konkreten Fall untersucht werden, ob der Arbeiter, welcher vom Kunden die Sache in Empfang genommen hat, bevollmächtigt zum Contrahiren, d. h. Institor war oder nicht. Lag der Geschäftsbetrieb seines Herrn außer

---

[129]) l. 1 § 2 D. de exerc. act. 14, 1; l. 16 D. de inst. act. 14, 3. Nicht entgegen Paul. sent. rec. lib. II. tit. 8 § 3, die von discipuli in einem Laden handelt.

seiner Rechtssphäre, war er z. B. nur Prokurator desselben, der bloß ermächtigt war zu kontrahiren, ohne zum Empfange der in Folge seiner Contrakte überlieferten Sachen berechtigt zu sein, so konnte aus seiner Empfangnahme eine gültige Verpflichtung des Principals nicht hervorgehen und derselbe auch nicht aus der locatio conductio für den Verlust der dem kontrahirenden Arbeiter übergebenen Kleider verantwortlich gemacht werden. War derselbe aber institor — und das ist er immer, sobald er für das Geschäft seines Herrn beauftragt worden —, so war er auch zum Empfange aller der Sachen ermächtigt, die zur Ausführung der Geschäftsobligationen dem Principal übergeben werden müssen, und es kann die actio locati als institoria gegen ihn angestellt werden, mit welcher alle Verpflichtungen, die aus der Dienstmiethe entspringen, verfolgt werden können.[130])

Das so zu sagen dürftige Resultat dieser Stelle ist also nur, daß die Gesellen, Arbeiter eines Handwerkers oder Fabrikanten, welche in der Werkstatt beschäftigt werden, um die von ihrem Geschäftsherrn übernommenen Arbeiten auszuführen, als solche nicht den Charakter von Institoren haben und durch ihre Contrakte, auch wenn sie sich auf das Geschäft ihres Herrn beziehen, diese nicht zu obligiren im Stande sind.

Ein Institor ist derjenige, welcher zum gewerbsmäßigen Betriebe eines Geschäfts gebraucht wird und zwar gehört der juristische Theil der Geschäftsverwaltung, der Abschluß von Rechtsgeschäften zu seinen Funktionen. Soweit er nicht kontrahirt, ist er nicht institor, wie es l. 11 § 6 D. de inst. act. 14, 3 deutlich ausspricht. Er kann natürlich, wie der Herr selbst, mehrere Funktionen bekleiden, neben der juristischen Vertretung diesem auch für die faktische Seite des Geschäftsbetriebes (z. B. Ausführung von Arbeiten in der Werkstatt) an die Hand gehen, dann muß man aber diese bei den in

[130]) Auch hier würde das Resultat nicht anders ausgefallen sein, wenn man sich an der Stelle des Institor einen zum Contrahiren und zur Empfangnahme der Kleider autorisirten gewöhnlichen Prokurator denkt.

sich völlig getrennten Funktionen scharf unterscheiden und das, was er in der einen thut, nicht mit dem konfundiren, was er in der andern vornimmt.

Die Verpflichtung durch ihn setzt wie die durch jeden andern Stellvertreter ein Mandat seitens seines Herrn voraus. Und es äußert folgeweise der Contrakt eines Institor für diesen keine Wirkung, wenn er gar nicht berechtigt war zu kontrahiren, oder ihm die Vollmacht für dieser Art Geschäfte mangelte [131]. Das Gleiche muß natürlich, wegen der völligen Gleichheit des Verhältnisses, zugegeben werden, wenn er zwar eine Vollmacht hatte, aber dieselbe überschritt. Denn auch in diesem Fall ist er, soweit er überschritten hat, nicht zu kontrahiren autorisirt und es fehlt jedes Moment, aus welchem der Principal obligirt werden könnte, falls er nicht hinterher ratihabirt [132]. Hier ist nun der Punkt, wo der institor und ein gewöhnlicher Prokurator sich von einander scheiden.

Die Bestellung des Special= wie des Generalbevollmächtigten geschieht durch das Mandat, welches ihm ertheilt wird, die eines Institor, durch die Anstellung im Geschäft seines Principals [133]. Ueber die Berechtigung jener entscheidet daher das gegebene Mandat, über die Berechtigung dieses die Anstellung. Jene vertreten den Geschäftsherrn in allen Angelegenheiten, auf welche der Auftrag nach vernünftiger Auslegung lautet; dieser darf alle Geschäfte abschließen, welche zu dem Geschäftsgebiet, dem er vorgesetzt ist, gehören. M. a. W. während es bei jenen immer quaestio facti ist, ob und inwieweit sie berechtigt sind, hat der ernannte Institor die Vermuthung für sich, daß er berechtigt zu allen Geschäften, welche nach den im Verkehr geltenden Regeln diesem Geschäftskreise zugezählt werden [134].

---

131) l. 11 § 5, 6 D. h. t.

132) Abgesehen von dem Fall einer negotiorum gestio oder einer in rem versio.

133) ceterum, qui praeposuit, tenebitur ipsa praepositione. l. 11 § 2 D. h. t. Nürnberg. Entwurf 3te Les. Art. 42, 50, 58.

134) l. 5 § 11 D. h. t. Non tamen omne, quod cum institore

Es ergiebt sich daraus die wichtige Folgerung, daß Abweichungen nach der einen wie nach der andern Seite hin, sowohl Erweiterungen als Beschränkungen des Geschäftsgebiets, welchem der Institor vorsteht, nicht angenommen werden, wenn sie nicht ausdrücklich und in solcher Weise beigefügt sind, daß Jeder, welcher mit dem Institor in Beziehung tritt, davon Kunde haben kann [135]). Ist eine Beschränkung überhaupt nicht oder nicht in verbindlicher Weise erfolgt, so trägt die nachtheiligen Wirkungen davon der Principal; denn nun haftet er aus der praepositio und Jedermann ist berechtigt den Institor zu allen Geschäften für befugt zu halten, welche sich aus der praepositio herleiten lassen. Es würde ein gröblicher Mißbrauch des Vertrauens, welches im Verkehr zwischen Mann und Mann herrschen muß, darin liegen [136]), wollte der Principal die Haftung aus den Contrakten des Institors von sich ablehnen aus dem Grunde, weil er ihm angeblich zu contrahiren untersagt habe. Dies ist es, was die l. 11 § 4 h. t. sagen will.

Proscriptum autem perpetuo esse debet. Ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata propositione contractum sit, institoria locum habebit. Proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset, vel non pareret,

---

geritur, obligat eum qui praeposuit, *sed ita si ejus rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est,* id est dumtaxat ad id, quod eum praeposuit. l. 11 § 5 eod.: Aequissimum erit, id servari, in quo praepositus est.

[135]) Si quis nolit contrahi, *prohibeat;* de quo palam praescriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur. l. 11 § 2 eod. l. 11 § 3, 4 eod. Vgl. die in der Zeitschrift f. d. gesammte Handelsr. von Goldschmidt Bd. II S. 399 mitgetheilten Erkenntnisse. Der Nürnb. Entw. Art. 43 erklärt jede Beschränkung der Prokura bei Handlungsbevollmächtigten für unverbindlich Dritten gegenüber.

[136]) l. 11 § 5: Sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio; *neque enim decepi debent contrahentes.*

dicendum eum, qui proposuit, teneri. Sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius proponenti nocere debet, nisi particeps doli fuerit, qui contraxit. (Ulp.)

Die Folgen, welche daraus hervorgehen, daß der Dritte, welcher mit dem Institor kontrahirt, die Beschränkungen in dessen Vollmacht ohne seine Schuld nicht kennt, treffen den Principal, ohne daß unterschieden wird, ob Zufall (Wind, Wetter, Handlung eines Fremden) die Kenntniß unmöglich gemacht hat, oder eine Handlung des Institor selbst. Nur wenn der dritte Contrahent durch eigne Schuld sich in Unkenntniß befand, muß er die Nachtheile davon übernehmen. Es stehen sich in dieser Beziehung die Fälle ganz gleich, ob er den Anschlag im Geschäftslokal, welcher Contrakte mit dem Institor untersagte, nicht las, weil er des Lesens unkundig war, oder ob er den Anschlag doloser Weise vorher beseitigte, sodaß er beim Contraktsschluß ihn nicht einsehen konnte [137]).

Das Gegentheil von dem hier Ausgeführten beweist auch nicht die l. 5 § 3 D. de doli mali exc. 44, 4:

Actoris qui exigendis pecuniis praepositus est, etiam posterior dolus domino nocet. (Paul.)

Dies Gesetz ist viel zu allgemein gefaßt, als daß man sichere Consequenzen daraus ziehen könnte. Entweder müssen wir das „posterior“ auf die praepositio beziehen, und dann haben wir an einen Fall zu denken, wie in der eben erklärten l. 11 § 4 D. 14, 3, an einen Betrug, der dem Publikum dadurch gespielt wurde, daß die Beschränkungen der Vollmacht demselben durch den Institor vorenthalten wurden. Oder, was noch mehr für sich hat, es ist das posterior mit der exactio pecuniae in Verbindung zu bringen und der dolus zu verstehen von einer Unterschlagung des Geldes nach Empfang desselben. Dann beweist die Stelle Nichts, da sie nur bestimmt, was für jeden procurator gilt: daß der Mandant den Verlust trägt, wenn mit seiner Bewilligung an seinen

[137]) Vgl. l. 11 § 3 eod.

Stellvertreter gezahlt worden und dieser mit dem Gelde durchgegangen ist.

Außer wenn Jemand sich mit Grund darauf berufen kann, die Beschränkungen der Vollmacht nicht gekannt zu haben, haftet demnach der Principal nicht, sobald sein Institor mit Ueberschreitung seines Auftrags kontrahirt hat. Während sonst institor und magister navis gleichstehen, so daß Alles, was von ihnen gesagt ist, auch auf diesen bezogen werden muß, unterliegen sie in diesem Stücke verschiedenen Regeln. Selbst wenn der Dritte, welcher mit dem magister navis kontrahirte, wußte, daß er zu kontrahiren nicht ermächtigt sei, kann er dennoch aus dem Contrakt gegen den Rheder klagen, vorausgesetzt, daß das Geschäft sich auf Schiffsangelegenheiten bezieht. Dies beruht auf positiver Bestimmung — eo usque producendam utilitatem navigantium — und die Verschiedenheit vom Verhältniß eines Institors wird ausdrücklich bemerkt.[138])

Von einer Ueberschreitung der Vollmacht ist nun aber grundverschieden die mangelhafte Ausführung des Mandats. Hält sich der Institor innerhalb der Gränzen seines Geschäftsgebiets, begeht aber im Geschäft selbst ein Versehn, z. B. daß er nicht zweckmäßig dem Interesse seines Herrn entsprechend kontrahirt, nicht mit Benutzung der günstigen Conjunkturen zu theuer kauft oder zu billig verkauft, daß er eine nicht empfangbare Waare nicht rechtzeitig aufschießt, daß er nicht deponirt, wo er eine Zahlung zu leisten hatte, die der Gläubiger sich anzunehmen geweigert hatte, alle solche Versehen treffen den Principal, der es sich selbst zuzuschreiben hat, cur talem praeposuerit.[139]) Aber nicht aus dem Grunde, weil sein Geschäftsführer institor war — denn die Nachtheile würden ihn auch getroffen haben, wenn er ein gewöhnlicher

---

[138]) l. 1 § 5 D. de exerc. act. 14, 1.

[139]) Sed et si in pretiis rerum emtarum fefellit magister, exercitoris erit damnum, non creditoris l. 1 § 10 D. de exerc. act. 14, 1.

Prokurator gewesen wäre —, sondern aus Gründen, die mit dem Rechtscharakter des Stellvertreters in keiner Verbindung stehen. Wenn z. B. das Gesetz vorschreibt, der Schuldner muß Verzugszinsen bezahlen, falls er nicht rechtzeitig erfüllt oder das Schuldobjekt gerichtlich deponirt hat, so muß er, hat er weder das eine noch das andere gethan, Verzugszinsen geben, einerlei welche Umstände ihn abgehalten haben.

Der Institor hat allein die Aufgabe, Rechtsgeschäfte für seinen Principal abzuschließen und die Gesetze behandeln ausschließlich die Frage, inwiefern für diesen die Geschäfte des Institors Wirkung äußern, ob er durch sie berechtigt werde, ob er daraus klagen oder belangt werden könne.[140]) Soweit ein Institor nicht kontrahirt, ist er gar nicht Institor und daß er noch zu andern Geschäften gebraucht wird, wirkt so wenig auf seine Institorqualität ein, als umgekehrt diese auf seine andern Functionen. Soweit er in diesen letzteren thätig wird, unterliegt er den allgemeinen Gesetzen und also auch, wenn er von seinem Prinzipal zur Erfüllung von Obligationen als Gehülfe gebraucht wird. Es giebt gemeinrechtlich kein Gesetz, welches für Institoren in dieser Beziehung eine Abweichung von den gewöhnlichen Regeln eingeführt hätte.

Delikte zu begehen, hat der Institor als solcher kein Mandat, und es kann daher, insofern er ein solches begangen hat, der Prinzipal durch ihn nicht obligirt werden, weder zum Schadensersatz an den Verletzten, noch zur Abbüßung der Strafe. Aus dem Delikt, welches er bei Ausführung der ihm übertragenen Geschäfte begeht, wenn nicht andere Gründe eine Verantwortlichkeit des Principals statuiren, haftet der Institor allein und ausschließlich. Wenn er z. B. die Zollgesetze eines Staats übertritt, schmuggelt und dabei ertappt wird, so muß er allein die Strafe bezahlen. Ist ihm ein Auftrag vom Prinzipal zur Begehung des Delikts ertheilt, so kann derselbe nur als intellectueller Urheber desselben an-

[140]) l. 1 pr. D. 14, 3.

gesehen werden und wird dann bestraft, insoweit er selbst Theilnehmer am Delikt ist.

2. Die Haftung der nautae, caupones und stabularii.

§ 20.

Während der Schuldner in den meisten Obligationen nur für die culpa seiner Gehülfen in Ausführung der ihnen aufgetragenen Dienstleistungen soweit ihn selbst eine culpa in eligendo, bei den Opusobligationen dagegen für jede culpa der Gehülfen einstehen muß, hat das prätorische Edikt für einen Theil der Personen[141]), welche aus der Beförderung oder Beherbergung von Personen und Sachen ein Gewerbe machen, besondere Grundsätze eingeführt. Dieselben haben einen doppelten Gegenstand, sie beziehen sich theils auf Verschuldungen der Gewerbsgehülfen dieser Personen in Beziehung auf die Ausführung der Obligationen und theils auf Delikte derselben.

Nach den Grundsätzen des receptum sollen die nautae, caupones und stabularii für die von ihnen recipirten Sachen unbedingt verantwortlich sein, die Verlüste und Beschädigungen jedenfalls ersetzen, es wäre denn, daß sie nachweisen könnten, diese wären veranlaßt durch unabwendbare Naturereignisse, damnum fatale oder überlegene menschliche Gewalt, vis major oder durch die eigne Schuld des Reisenden.[142]) Hiernach können sich jene Personen nicht von der Entschädigungspflicht befreien, falls eine culpa ihrer Leute, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Obligationen gegen die Reisenden, einerlei welcher Art sie sind, bedienen, die Ursache des Schadens war. Eine culpa ihres Gehülfen fällt dann immer dem anstellenden Debitor zur Last, da er den Schaden

[141]) Vgl. Müller, die actio de recepto § 15 und Sintenis, Prakt. Civilr. II. § 120 Anm. 1.

[142]) l. 3 § 1 D. naut. caup. 4, 9.

hätte vermeiden können, wenn er mit größerer Sorgfalt bei ihrer Anstellung oder Verwendung zu Werke gegangen wäre. Nachlässigkeiten, böswillige Absicht [143]) eines Gehülfen sind Umstände, welche sich beseitigen lassen und gehören nicht zu den unabwendbaren Ereignissen. Wo also die Obligation ex recepto Platz greift, haftet der Debitor unbedingt für jede Verschuldung seiner Gehülfen bei Vornahme ihrer Arbeiten.

Damit jedoch diese Haftung eintrete, wird vorausgesetzt:

1) Daß die Schiffer oder Wirthe entweder selbst oder durch ihre dazu bestellten Vertreter in Ausübung ihres Gewerbes Reisende mit den Sachen, die sie bei sich führen, einerlei worin sie bestehen, ob Waaren oder Gegenstände persönlichen Bedürfnisses (Passagiergut) in ihr Schiff oder ihre Behausung aufgenommen haben. [144])

2) Daß die aufgenommenen Sachen während der Zeit, daß sie recipirt und noch nicht abgeliefert worden waren, beschädigt wurden oder verloren gingen. [145])

Es ist vielfach versucht worden, den Grundsätzen des receptum eine erweiterte Anwendung zu geben, den Schiffern gleichzustellen alle die, welche aus der gewerbsmäßigen Beförderung von Personen und Sachen ihren Lebensunterhalt gewinnen, die Privatfuhrleute, Eisenbahnen und Posten. So oft die Analogie gemacht werden soll auf solche Personen, welche gewerbsmäßig bloß Güter verführen, oder im konkreten Fall ausschließlich einen Gütertransport übernommen haben auf die Frachtführer, dann muß man sich immer gegen dieselbe erklären, weil diese Analogie ausgeht von einer Fassung

---

[143]) abgesehen von eigentlichen Delikten.

[144]) Müller a. a. O. § 2—3. Die Quellen setzen immer voraus, daß die recipirten Güter gewissermaßen Annex einer Person waren, welche mit ihnen Beförderung oder Aufnahme verlangte. l. 1 pr. l. 5 pr. D. 4, 9, vgl. mit l. 1 § 6 eod. Die Haftung ex recepto bezieht sich also nicht darauf, wenn z. B. ein Schiffer ausschließlich Sachen zum Transport übernommen hat. Vgl. l. 25 § 7, l. 13 § 1 D. eod. 19, 2.

[145]) Müller a. a. O. § 4.

des Gesetzes, welche es quellenmäßig nicht hat, da es sich bloß bezieht auf die Güter eines Reisenden, welche er bei sich führt. In diesem Fall bedarf es Gesetze, welche eine erweiterte Anwendung vorschreiben; solche besitzen wir partikularrechtlich, z. B. für die Posten [146]), für die Fuhrleute allgemein, so nach französischem Recht [147]), für die Inhaber öffentlicher Landkutschen nach preußischem Recht [148]), für die Eisenbahnen als Transportübernehmer nach den Rechten verschiedener Staaten. Der Nürnberger Entwurf hat endlich die Regeln des receptum angewandt auf alle Frachtführer, welche gewerbsmäßig den Transport von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern ausführen [149]), wohin auch gezählt werden Eisenbahnen und andere öffentliche Transportanstalten [150]), und wenn ein Kaufmann ein einzelnes Mal den Transport übernimmt, soll er ebenfalls diesen Bestimmungen unterliegen. [151])

Wo ausdrücklich Gesetze der Verantwortlichkeit aus dem receptum eine erweiterte Anwendbarkeit gegeben haben, da kann das Verfahren des Richters nicht zweifelhaft sein; wo es aber an solchen Gesetzen mangelt, wo lediglich das gemeine Recht entscheidet, darf da der Jurist dem Beispiel folgen, mit welchem die Gesetzgeber vorangegangen sind, in den Fällen, wo die allgemeinen Voraussetzungen der Römischen Gesetze zutreffen. Haltbare Gründe lassen sich für ein solches Verfahren kaum anführen. Die umfassende Verantwortlichkeit der Schiffer und Wirthe beruht nicht auf der Natur der Obligation, welche mit ihnen eingegangen wird, wodurch sie zur Aufnahme resp. Beförderung der Personen mit ihren Gütern verpflichtet werden. Denn diese Obligation kann sehr ver-

[146]) Müller a. a. O. § 29 ff.

[147]) Art. 1782—1786.

[148]) Preuß. Ld. R. Th. II. tit. 8 § 2452—2462.

[149]) Art. 367. 3te Lesung Art. 395.

[150]) Art. 394. 3te Lesung Art. 423.

[151]) Art. 393. 3te Lesung Art. 420.

schieden sein, Miethe, Depositum, Mandat u. s. w. Ebensowenig läßt sie sich darauf zurückführen, daß diese Personen ihr Geschäft gewerbsmäßig betreiben, da sonst diese Regeln auf alle, bei denen diese Voraussetzung zutrifft, hätte ausgedehnt werden müssen, was keineswegs geschehen ist.[152]) Zwar finden sich in den Quellen Spuren von Versuchen, um den Regeln des receptum ein gewisses Prinzip unterzulegen — necesse est, plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere — nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant. — Allein diese Gedanken sind keineswegs geeignet, den Schluß darauf zu stützen, welchen die Römischen Juristen auf sie gestützt haben. Nach dem letzten dieser beiden Gedanken könnte man jeden Commodatar, jeden Depositar unbedingt für die geliehenen oder deponirten Sachen verantwortlich machen, da er es ebenfalls in seiner Gewalt hat, die Obligation einzugehn oder abzulehnen. Nach dem ersten aber, welcher den Wirthen — auf Schiffer trifft er nur in sehr beschränkter Weise zu — gleichsam verbieten will, die günstigen faktischen Umstände für sich auszunutzen, müßte auch der Kaufmann, der die Conjunctur benutzend seine Waaren theurer als sonst verkauft, härteren Verbindlichkeiten unterliegen als gewöhnlich. Die Römischen Juristen selbst trauen diesen Gründen nicht recht, sie brauchen sie auch nur, um das Rechtsgefühl der Unparteiischen mit der Härte der prätorischen Bestimmungen auszusöhnen, ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum. Ein Princip von allgemeinerer Bedeutung liegt dem receptum überhaupt nicht zu Grunde; die Sätze des prätorischen Edikts sind für nichts Anderes zu nehmen, als wofür sie sich selber ausgeben, für ein jus singulare, das durch eigenthümliche Verhältnisse Roms hervorgerufen wurde.[153]) Die Unmoralität der

---

[152]) Vgl. z. B. l. 25 § 7 D. loc. 19, 2.

[153]) et nisi hoc esset statutum, materia deretur cum furibus adversus eos, quos recipiant, coeundi, quum ne nunc quidem abstineant

Schiffer und Wirthe mochte die Einführung anomaler Regeln rechtfertigen, die Ausdehnung auf andere Fälle, jetzt wo betrügliches Handeln doch nicht als der allgemeine Charakter einer ganzen Klasse von Personen behauptet werden kann, vermag sie nicht zu rechtfertigen. Und es ist wohl nur eine Folge davon, daß die Grundsätze des receptum theils durch das Römische Recht, noch mehr durch Partikulargesetze die Rechtsanschauungen des Verkehrs beherrschen, wenn die Eisenbahngesellschaften in ihren Reglements hinsichtlich des Passagiergepäcks sich denselben freiwillig unterwerfen.[154])

Mit der ersten Bestimmung hatte das prätorische Edikt eine zweite verbunden, durch welche jene ergänzt wurde. Es sollten die Schiffer und Wirthe doppelten Ersatz des Verlustes schuldig sein, wenn

1) von einem ihrer Leute, deren sie sich zur Ausübung ihres Gewerbes bedienen[155]), obschon sie nicht ständig in ihren Diensten sich befinden, sondern nur ein einzelnes Mal gebraucht werden[156]) oder falls in einem Wirthshaus das Delikt begangen ist von einem der dauernd in demselben Wohnenden[157]),

2) in dem Schiffe oder dem Wirthshaus selbst, l. 7 pr. D. 4, 9, l. un. § 3 D. 47, 5,

3) eine im Schiff oder im Wirthshaus befindliche Sache beschädigt oder entwandt worden ist.[158]) Daß diese Sache grade so recipirt worden war, wie es nöthig ist, um die Haftung ex recepto zu begründen, ist nicht erforderlich, es

---

hujus modi fraudibus l. 1 pr. D. 4, 9. ut innotesceret. Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum. l. 3 § 1 eod. Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. IV. H. 3 S. 340 ff.

[154]) Vereinsreglement bei Koch a. a. O. Bd. II. Abth. 2 S. 68 vgl. mit Bd. II. Abth. 1 § 37 ff.

[155]) l. un. pr. § 1, 6 D. furti adv. naut. 47. 5; l. 1 § 2 D. de exerc. act. 14, 1.

[156]) l. 6 § 1. l. 7 § 2 D. naut. caup. 4, 9.

[157]) l. 6 § 3, D. eod. l. un. § 6 D. 47, 5.

[158]) l. 6 pr. § 1. l. 7 pr. D. 4, 9.

genügt, daß die Sache sich im Schiffe oder Wirthshause befand und dort verloren ging. Es geht dies aus der Vergleichung der §§ 3 und 4 der l. un. D. 47, 5 hervor, wo ein Unterschied in den Rechten des Eigenthümers aus dem Delikt zu klagen gemacht wird, je nachdem eine Obligation ex recepto bestand oder nicht.

So exceptionell die Vorschriften des Edikts über das receptum waren, so wenig sind es die, welche die Haftung für die Delikte ihrer Gewerbsgehülfen betreffen. An diesen ist eigentlich Nichts singulär, als die Verpflichtung auf das duplum. Sonst enthalten sie nur die Anwendung eines Princips, welches wir im jus civile auch anderswo aufgestellt finden. Wie der Miether eines Hauses für die Beschädigungen desselben, welche kulposer Weise durch die von ihm aufgenommenen Hausgenossen, sowohl die Mitglieder seiner eigenen Haushaltung als die fremden, die er als Miethsleute oder als Gäste bei sich aufnahm, begangen sind, aufkommen muß [159]), so sollen auch die Schiffer und Miether einstehen für die, welche sie in ihren Räumen, dem Schiffe oder dem Gasthaus haben, wenn sie den Verlust oder die Beschädigung der in denselben befindlichen Sachen verursachen. Jedoch nicht für alle, sondern nur für die, welche dauernd in ihren Räumen sich aufhalten, das sind ihre Dienstleute und die inhabitatores perpetuos nach dem Ausdruck der l. un. § 6 D. 47, 5. In beiden Fällen wird die Haftung auf dieselben Fundamente gestützt, weil der, welcher Personen auf längere Zeit in sein Haus bezw. Schiff aufnimmt, eine Prüfung ihres Charakters anstellen müsse und könne und daher es ihm als Schuld zuzurechnen sei, wenn er solche aufgenommen hat, die ihre Rechtspflichten gegen die im Hause bezw. Schiffe befindlichen Sachen oder gegen die einschließenden Räume, die der Obhut ihres Herrn anvertraut sind, außer Acht lassen. [160])

[159]) l. 11 pr. D. loc. 19, 2.

[160]) Vgl. l. 11 pr. cit. — placet, ut culpam etiam eorum, quos induxit praestet suo nomine — si tamen culpam in inducendis ad-

Eben, weil dies der Grundgedanke des prätorischen Edikts ist, daß jeder für die Handlungen derer, welche er dauernd in seinen Räumen beherbergt, einstehen müsse, wenn sie begangen werden in diesen Räumen, so verbietet sich von selbst die Anwendung dieser Bestimmungen auf die Fuhrleute, Unternehmer von Posten und Eisenbahnen, weil hier die Bedingungen des Gesetzes durchaus fehlen. Eher läßt sich die Erweiterung rechtfertigen, daß Jeder für die in seiner Werkstatt oder Fabrik dauernd beschäftigten Arbeiter einstehen müsse, wie das Preußische Landrecht solche Sätze auch aufstellt [161].

Sechstes Capitel.

Verpflichtung des Debitors auf bestimmte Gehülfen.

§ 21.

Wie auf der einen Seite die Verantwortlichkeit eines Schuldners für seine Gehülfen gesteigert werden kann durch Vereinbarungen unter den Contrahenten, z. B. daß er das Risiko des Transports der geschuldeten species zu tragen [162], daß der Custodient auch für casus zu haften verspricht [163],

---

mittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites. l. 7 pr. D. 4, 9: Nec immerito partum eorum praestat, quum ipse eos suo periculo adhibuerit. § 2 eod.: executor tenetur, culpae scilice suae, qui tales adhibuit l. un. § 6 D. 47, 5: — namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes, inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non rejecit, quorum factum oportet eum praestare.

[161]) Pr. Ld. R. Th. I, tit. 63—66, 68.

[162]) l. 30 § 4 D. loc. 19, 2.

[163]) Eine hierauf bezügliche interpretative Bestimmung enthält der Nürnberger Entwurf Art. 357: Ist verabredet worden, daß der Spediteur auch für den Zwischenspediteur, Frachtführer oder Schiffer haften solle, so beschränkt sich diese Haftung, wenn er sich der Post, der Eisenbahnen oder Dampfschiffe zu bedienen hat, auf den Umfang, in welchem diese Transportanstalten selbst haften.

der Unternehmer eines opus auch nach der Approbation und Ablieferung die Garantie eine gewisse Zeit hindurch übernimmt, so kann sie auf der andern Seite auch vermindert werden. Und zwar sowohl durch Verabredungen unter den Parteien als durch Gesetze, welche eine Ausnahme von den gewöhnlichen Regeln verfügen.

Die Pflicht des Schuldners, Sorgfalt bei der Erfüllung ihrer Obligationen zu entwickeln, steht in engster Verbindung mit ihrer Freiheit, die Erfüllung nach ihrem Willen einzurichten. Beide sind wie die Schalen einer Wage, jede Veränderung in der Lage der einen hat sofort eine entsprechende Veränderung der andern zur Folge, steigt die eine, sinkt die andere und umgekehrt. In dem Maße als die Freiheit des Schuldners hinsichtlich der Erfüllung wächst, nimmt auch seine Verpflichtung auf diligentia zu, so daß ihn bei gewissen Obligationen nicht einmal casus befreit; wird jene Freiheit beschränkt, so äußern sich die Wirkungen davon sofort in einer Verminderung des Gebiets, auf welchem sich die Sorgfalt des Schuldners zeigen soll. Endlich hört die letztere völlig auf, sobald die Freiheit ganz vernichtet ist.

Auf der Pflicht zur Sorgfalt beruht die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei Erfüllung von Obligationen und dieselbe steht daher in proportionellem Verhältniß zu seiner Freiheit, sich die Mittel, denen er sich zur Erfüllung seiner Schuld bedienen will, nach seinem Belieben aussuchen zu dürfen. Sind ihm ohne Unterschied alle Mittel und Wege, durch welche die Erfüllung bewirkt werden kann, zu Gebote gestellt, so muß er dafür herkommen, daß er je nachdem in der Verwendung der Mittel, also auch der Gehülfen Sorgfalt beweise. Wird seine Freiheit beschränkt in Betreff der Mittel, indem ihm z. B. nur die Benutzung gewisser, unter Verbot des Gebrauchs aller übrigen, gelassen wird, so kann ihn eine Verantwortlichkeit auch nur treffen, insofern er in der Wahl oder Verwendung der ihm gestatteten nicht die ihm obliegende Sorgfalt bethätigt hat. Wird endlich seine Wahlfreiheit ganz

aufgehoben, dadurch daß ihm die Benutzung eines bestimmten Werkzeugs, eines bestimmten Gehülfen zur Erfüllung vorgeschrieben wird, so ist seine Verantwortung für die Verwendung desselben ausgeschlossen, da es an einem Objekt fehlt, auf welches sich seine Sorgfalt richten könnte. Nur würde selbst dann noch die Hoffnung für dolus nicht aufgehoben sein, weil Redlichkeit, ehrliches Verfahren Jeder von Jedem im Vekehr zu fordern berechtigt ist.

Jeder Umstand, durch welchen für den Schuldner die Verbindlichkeit begründet wird, zur Erfüllung ein bestimmtes Werkzeug zu benutzen, z. B. den Boten N. zur Ueberbringung einer Sache, den Gesellen H. zur Ausführung des opus, hat die Wirkung, daß die Freiheit des Schuldners in Betreff der Mittel aufgehoben wird; denn es wird dadurch seine Wahl auf ein bestimmtes Objekt fixirt und die Conkurrenz der übrigen möglichen ausgeschlossen. Indem er seine Verpflichtung erfüllt, trifft ihn nicht die Verantwortung, wenn die rückhaltslose Erfüllung für den Gläubiger nachtheilige Folgen nach sich ziehen sollte, da er keinesweges verbunden ist, diese von ihm fern zu halten [164]). Um so weniger, da es unbillig sein würde, von dem Debitor mehr Aufmerksamkeit für die Interessen des Creditors zu fordern, als dieser selbst verlangt, indem er mit einem bestimmten Gehülfen sich einverstanden erklärt.

Eine solche Verpflichtung, wo sie aus der freien Vereinbarung der Parteien hervorgeht, kann nur begründet werden durch Vertrag, der nun freilich im Verkehr sehr verschiedene Formen annehmen kann. Eine Form ist die, daß gleich anfangs dem die Obligation begründenden Vertrage eine dahingehende Clausel beigefügt oder ihm später angehängt wird. Bald in direkter auf eine bestimmte Person gerichteter Abfassung (z. B. Verkäufer verspricht die Waare durch den Fuhrmann N. zu senden), bald in verschleierter Form, indem z. B. das

---

[164]) Voet, comment. ad. Pand. tit. 13, 6 § 6; Carpzov, defin. forens. p. IV, const. 41, defin. 13.

Transportmittel an die Stelle der dasselbe regierenden Personen gesetzt wird (per Schiff N, per Eisenbahn), worin von selbst liegt, daß auf die zur Zeit des Transports bei diesen Verkehrsmitteln beschäftigten Personen kontrahirt worden ist. Auch die Vertragsklausel „via H“ kann den Sinn haben, daß dem Schuldner die Verwendung bestimmter Gehülfen vorgeschrieben ist, wenn nämlich auf der bezeichneten Route der Transportbetrieb in den Händen gewisser, beiden Kontrahenten bekannter Personen ist.

Ein Beispiel einer derartigen Uebereinkunft enthalten die l. 51 § 1, l. 60, § 3 D. loc. 19, 2:

Poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit, nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur; tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.

Lege dicta domus facienda locata erat ita, ut probatio aut improbatio locatoris aut heredis ejus esset; redemtor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutaverat; respondi opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemtorem absolvi debere.

Nehmen wir an, daß das arbitrium domini oder die lex contractus grade auf Verwendung bestimmter Arbeiter ging, denen der Unternehmer den Bau übergeben sollte, so würde er nach dem Inhalte jener Stellen frei sein, da er nur seinen Verpflichtungen gemäß gehandelt hat.

Gleiche Wirkungen wie eine wechselseitige Uebereinkunft ist einem vom Gläubiger ausgehenden Mandat zuzuschreiben, indem durch die Acceptation desselben, die nur nicht immer ausdrücklich erklärt zu werden und der Erfüllung vorauszugehen braucht, sondern stillschweigend in der Ausführung des Mandats enthalten ist, der Schuldner obligirt wird, dem Mandat Folge zu geben. Lautete dasselbe auf einen oder einige bestimmte Gehülfen, so ist er der Wahl überhoben, die statt

seiner der Gläubiger getroffen hat, und damit von der Verantwortlichkeit für ihre Mangelhaftigkeit oder ihren unglücklichen Ausgang frei [165]).

l. 10 § 1, l. 12 § 1 D. comm. 13, 6: Sed et si dum refertur (res commodata) periit, si quidem ego mandaveram, per quem remitteret, periculum meum erit.

Commodatam rem missus qui repeteret quum recepisset aufugit; si dominus ei dari jusserat, domino perit; si commonendi causa miserat, ut referretur res commodata, ei qui commodatus est [166]).

Die Verweisung auf einen bestimmten Gehülfen hat nur die Folge, daß der Debitor der Sorgfalt in der Auswahl, aber nicht nothwendig, daß er jeder Sorgfalt in der Richtung, in welcher der Gehülfe thätig wird und somit jeder Verantwortlichkeit für ihn überhoben ist. Die Pflicht zur Sorgfalt cessirt nur soweit, als die Thätigkeit des Schuldners mit der des Gehülfen unverträglich ist, da es hier an jedem Gegenstande fehlt, auf welchen sich seine Sorgfalt richten könnte. Er würde daher, wenn er eine Sache dem Gläubiger übersenden soll und ihm für diesen Transport ein Frachtführer angewiesen wird, frei von jeder Haftung sein, wenn die Sache auf dem Transport durch Nachlässigkeit des Frachtführers Schaden litte, weil er dieselbe Sache, welche schon der Frachtführer in Händen hat, nicht transportiren kann. Aus demselben Grunde würde er bei der Obligation zur Anfertigung von Sachen für die Arbeit gar nicht verantwortlich sein, wenn sie so beschaffen war, daß der Arbeiter, welchen er kontraktsmäßig benutzen sollte, sie ausschließlich besorgen mußte, dagegen nicht, falls z. B. die Leitung der Arbeit dem Schuldner zustand oder falls er noch andere Arbeiter verwendete. Dieselbe Unterscheidung ist auch zu machen bei der Obligation zur

[165]) Nürnberg. Entw. Art. 286.

[166]) Diese Stelle zeichnet sich durch einen doppelten Verstoß gegen die Latinität aus, einmal daß commodari als Deponens gebraucht wird, und ferner in der ungewöhnlichen Bedeutung von commodatum accipere.

Custodia. Da die Custodia sehr wohl von Mehreren gleichzeitig ausgeübt werden kann, so bewirkt die Anweisung eines Wächters seitens des Gläubigers an sich nicht, daß nicht auch der Debitor seinerseits kustodire, Wächter ernenne, die Aufsicht führe.

Welche Folgen den Debitor treffen, wenn er den Gehülfen, welchen er zu verwenden verpflichtet war, nicht verwendete, hängt davon ab, welche Bedeutung der Verpflichtung des Schulders beizulegen ist. Es ist in dieser Hinsicht zu beachten, daß durch eine bloße Anweisung des Gläubigers eine bindende Verpflichtung für den Debitor nicht begründet wird, da die Schuldnerschaft an sich kein Grund ist für ihn, den Aufträgen des Creditors, welche die Art und Weise der Erfüllung betreffen, Folge zu leisten. Dem Schuldner Mandate zu geben in der Weise, daß ihre Nichtbeachtung ihn Nachtheilen unterwirft, ist der Gläubiger nur dann befugt, wenn jener zu ihm in einem solchen Abhängigkeitsverhältniß steht, z. B. wie alle Mandatare, daß er seinen Anordnungen sich unterwerfen muß.

Wo der Schuldner nicht verbindlich obligirt war, zur Erfüllung seiner Schuld einen bestimmten Gehülfen anzustellen, kann er natürlich durch die Nichtverwendung desselben nicht in eine nachtheiligere Lage versetzt werden, als in der er sich befinden würde, falls überhaupt von bestimmten Gehülfen gar nicht die Rede gewesen wäre. Selbst aber, wo die Anstellung eines Gehülfen für ihn obligatorisch war, wird unterschieden werden müssen, ob bei dem Uebereinkommen grade dies die Absicht der Contrahenten war, nur den bezeichneten Gehülfen zu verwenden und unter keinen Umständen einen andern, in dem der Gläubiger die Leistung nur in der Beschaffenheit, wie sie durch diesen Gehülfen hergestellt würde, wollte oder gar nicht. Wo dies der Fall, kann es keinem Bedenken unterliegen, daß der Schuldner, sobald er ohne Bewilligung des Gläubigers von diesem Gehülfen abgesehen und ihm einen andern oder sich selbst substituirt hätte, für allen daraus ent-

standenen Schaden dem Gläubiger Ersatz zu leisten hätte [167]). Wann eine solche Absicht anzunehmen sei, muß sich aus den konkreten Umständen ergeben; namentlich wird für diese Frage die Beschaffenheit der schuldnerischen Leistung in Betracht kommen, z. B. daß sie besondere Kunstfertigkeit und Kenntnisse voraussetzt. Wie in den meisten Fällen dem Gläubiger vor Allem daran liegt, die geschuldete Leistung zu erhalten, einerlei wer sie ihm verschafft, so wird sich häufig jene Absicht kaum nachweisen lassen, und es wird vielleicht folgende Erwägung Platz greifen müssen. Auf der einen Seite, daß die Erfüllung der Schuld Sache des Verpflichteten ist und daher ohne genügende Gründe nicht angenommen werden darf, es solle ihm ein an sich erlaubtes und geeignetes Mittel zur Erfüllung entzogen werden. Anderntheils, daß die Stellung eines Vertrags auf bestimmte Gehülfen regelmäßig im Interesse des Gläubigers geschieht, sei es weil er besonderes Vertrauen zu ihnen hat, oder weil er der Einsicht, und vielleicht auch der Redlichkeit seines Schuldners nicht recht glaubt. Ferner daß gewöhnlich die persönliche Qualität des Leistenden geringern Einfluß übt auf die Beschaffenheit der Leistung. Aus diesen Gründen wird man als die Intention der Parteien im Zweifel anzunehmen genöthigt sein, daß der Schuldner allerdings berechtigt ist auch andere Gehülfen als die bezeichneten zu verwenden, aber dazu nicht schreiten darf ohne genügende Ursachen, welche seine Handlungsweise in den Augen jedes redlichen vernünftigen Mannes rechtfertigen. Dann wird seine Haftung nur gesteigert, wenn er ohne dringende Veranlassung von der ihm ertheilten Anweisung abwich; im entgegengesetzten Fall kommt er nur in dieselbe Lage, als wenn von einem bestimmten Gehülfen gar nicht die Rede gewesen wäre [168]).

---

[167]) S. §§ 5 u. 6; l. 31 D. de solut. 46, 3.

[168]) Nürnberg. Entw. 3te Les. Art. 345: Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Uebersendung ertheilt, und ist der Verkäufer ohne dringende Veranlassung davon abgewichen, so ist er für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich.

Inhalt.

Druck von S. Caspers in Preetz.